

C
E
R
T

Jean-Philippe Dunand | Pascal Mahon (éds)

Jean-Philippe Dunand | Anne-Sylvie Dupont
Werner Gloor | Anne-Laurence Graf
Florence Guillaume | Pascal Mahon
Geneviève Ordolli | Christine Sattiva Spring
Aurélien Witzig | Roxane Zappella

Les aspects internationaux du droit du travail



Jean-Philippe Dunand | Pascal Mahon (éds)

Jean-Philippe Dunand | Anne-Sylvie Dupont
Werner Gloor | Anne-Laurence Graf
Florence Guillaume | Pascal Mahon
Geneviève Ordolli | Christine Sattiva Spring
Aurélien Witzig | Roxane Zappella

Les aspects internationaux du droit du travail



Schulthess § 2019
ÉDITIONS ROMANDES

Citation suggérée de l'ouvrage : JEAN-PHILIPPE DUNAND, PASCAL MAHON (éds), *Les aspects internationaux du droit du travail*, « Collection CERT », Genève / Zurich 2019, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8699-8

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2019
www.schulthess.com

Diffusion en France : Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué, 92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

www.lextenso-editions.com

Diffusion en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine SPRL, Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles ;
téléphone et télécopieur : +32 (0)2 736 68 47 ; courriel : patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek : la Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Table des matières

Table des abréviations.....	IX
-----------------------------	----

Première partie : Accès au marché suisse du travail

L'accès des ressortissants étrangers au marché du travail suisse.....	1
---	---

Geneviève Ordolli

Docteure en droit, Fédération des Entreprises Romandes Genève

L'accès au marché suisse du travail par les personnes du domaine de l'asile : mises en perspective.....	31
---	----

Anne-Laurence Graf

Docteure en droit, collaboratrice scientifique au Centre suisse de compétence pour les droits humains, Université de Neuchâtel

Deuxième partie : Normes internationales et droits humains

La portée du droit de l'Organisation internationale du travail en Suisse (1919-2019).....	57
---	----

Jean-Philippe Dunand

Docteur en droit, avocat, professeur à l'Université de Neuchâtel

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit du travail.....	105
--	-----

Pascal Mahon

Docteur en droit, professeur à l'Université de Neuchâtel

L'impact du droit international sur le droit de l'égalité des sexes dans les relations de travail en Suisse.....	129
--	-----

Christine Sattiva Spring

Docteure en droit, avocate, spécialiste FSA en droit du travail, chargée de cours à l'Université de Lausanne

Les Etats employeurs et les litiges de travail en Suisse 149

Werner Gloor

Avocat, juge suppléant à la Cour de Justice de Genève, Président
à la Chambre des prud'hommes

Troisième partie : Droit international privé

Le contrat de travail international : règles de droit international privé et plateformes numériques 193

Florence Guillaume

Docteure en droit, avocate, professeure à l'Université de Neuchâtel

Quatrième partie : Droit de l'Union européenne

Influences du droit de l'Union européenne sur le droit du travail suisse 261

Aurélien Witzig

Docteur en droit, avocat, chargé d'enseignement aux Universités de Neuchâtel et Genève, chargé de cours à l'Université de Fribourg

Les règles européennes de coordination des régimes de sécurité sociale à l'épreuve des nouvelles formes de travail 291

Anne-Sylvie Dupont

Docteure en droit, avocate, professeure aux Universités de Neuchâtel et Genève

Le paiement du salaire en euros 323

Roxane Zappella

Juriste, ancienne vice-présidente du Tribunal de prud'hommes de Lausanne, brevet fédéral de spécialiste en assurances sociales, Fédération des Entreprises Romandes Neuchâtel

La portée du droit de l'Organisation internationale du travail en Suisse (1919-2019)

Sommaire	Page
I. Introduction	58
II. Caractéristiques principales de l'OIT	60
A. Les organes de l'OIT	61
1. La Conférence internationale du travail	61
2. Le Conseil d'administration	61
3. Le Bureau international du travail	62
B. Les normes internationales du travail	62
1. La Constitution de l'OIT	62
2. Les conventions de l'OIT	63
3. Les recommandations de l'OIT	64
4. Les déclarations de l'OIT	65
C. Les mécanismes de contrôle	65
1. Le contrôle régulier	66
2. Les contrôles spécifiques	68
a) Les réclamations	68
b) Les plaintes	69
c) Les plaintes devant le Comité de la liberté syndicale	71
III. La portée du droit de l'OIT dans la législation helvétique	74
A. La stratégie du Conseil fédéral en matière d'adaptation du droit suisse aux conventions de l'OIT	75
B. Trois exemples d'adaptation du droit suisse	76
1. L'âge minimum d'admission à l'emploi (art. 30 al. 1 LTr)	77
2. La rémunération du temps consacré à l'allaitement (art. 60 al. 2 OLT 1)	80
3. La suppression de l'obligation d'accepter la fonction de curateur (art. 400 al. 2 CC)	84
IV. La portée du droit de l'OIT dans la jurisprudence du Tribunal fédéral	88
A. Lignes directrices de la jurisprudence	89
1. La jurisprudence traditionnelle	89
2. Une nouvelle approche	90

* Je remercie Mme Lauretta Eckhardt et M. Philippe Hajas, assistant-e-s-doctorant-e-s à la Faculté de droit de Neuchâtel, pour leur précieux travail de relecture du texte.

B. Références à des instruments contraignants	92
1. Nécessité d'une faute grave et intentionnelle pour réduire une rente de l'assurance-invalidité (cf. art. 21 al. 1 LPG)	92
2. Refus d'un congé de paternité rémunéré (cf. art. 16b LAPG)	93
3. Principe du droit d'accès des syndicats aux locaux de l'administration (cf. art. 28 al. 1 Constitution fédérale)	94
C. Références à des instruments non contraignants	96
1. Pratique des organes de contrôle	96
a) Modalités du droit d'accès des syndicats aux locaux de l'administration (cf. art. 36 Constitution fédérale)	96
b) Conditions d'une grève licite (cf. art. 28 al. 3 Constitution fédérale)	97
2. Etudes éditées par le BIT	98
a) Système GPS installé sur des véhicules d'entreprise (cf. art. 26 OLT 3)	98
b) Système de logiciel espion installé sur l'ordinateur d'un fonctionnaire (cf. art. 26 OLT 3)	99
V. Conclusion	99
Bibliographie	101

I. Introduction

Le 28 juin 1919, le Traité sur les conditions de paix est signé par les Etats vainqueurs de la Première Guerre mondiale dans la Galerie des Glaces du Château de Versailles. Le chapitre XIII prévoit la création d'une organisation internationale permanente consacrée aux relations de travail. L'Organisation internationale du travail (ci-après : OIT) est ainsi née¹.

Le Préambule de la Constitution de l'OIT énonce les trois motifs qui sont à l'origine de la création de l'Organisation et qui constituent en même temps ses principaux objectifs² :

« Attendu que la Société des Nations a pour but d'établir la paix universelle, et qu'une telle paix ne peut être fondée que sur la base de la justice sociale » (établissement d'une paix universelle) ;

« Attendu qu'il existe des conditions de travail impliquant pour un grand nombre de personnes l'injustice, la misère et les privations, ce qui engendre un tel mécontentement que la paix et l'harmonie universelles sont mises en danger, et attendu qu'il est urgent d'améliorer ces conditions » (promotion de la justice sociale) ;

¹ BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY, p. 10 ss ; KOTT, p. 7 ss ; PÄRLI et al., N 43-44.

² BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY, p. 12 ss ; PÄRLI et al., N 46-51.

« Attendu que la non-adoption par une nation quelconque d'un régime de travail réellement humain fait obstacle aux efforts des autres nations désireuses d'améliorer le sort des travailleurs dans leur propre pays » (préservation de la concurrence internationale)³.

Autrement dit, dans l'esprit des fondateurs, l'harmonisation des règles au niveau international est une condition de la justice sociale laquelle constitue le fondement d'une paix universelle et durable⁴.

Après la Seconde Guerre mondiale, la Société des Nations (SDN) est remplacée par l'Organisation des Nations Unies (ONU) ; l'OIT en devient la première institution spécialisée⁵. Aujourd'hui, l'OIT ne compte pas moins de 177 Etats membres. La Suisse a adhéré à l'Organisation en 1920, en accédant à la Société des Nations ; elle a le statut de membre originaire de l'OIT⁶. Notre pays est particulièrement concerné par les activités de l'Organisation du fait qu'il abrite le Bureau international du travail (ci-après : BIT) depuis 1920⁷.

On peut ici rappeler que les autorités helvétiques ont joué un rôle très actif, à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle, dans le processus tendant à créer des règles internationales du travail⁸. Le Conseil fédéral a en particulier organisé plusieurs conférences à Berne qui ont donné lieu à l'adoption des premiers instruments internationaux en matière de protection des travailleurs (interdiction du travail de nuit des femmes dans l'industrie et interdiction de l'utilisation de substances dangereuses dans la fabrication des allumettes)⁹.

Cet enthousiasme initial pour le droit international du travail s'est nettement résorbé au fil du temps¹⁰. Ainsi, d'une manière qui pourrait paraître surprenante pour un observateur étranger, les juristes suisses semblent s'être désintéressés depuis plusieurs décennies de l'OIT et de son droit. Il faut reconnaître que plusieurs critiques formulées à l'encontre des normes et des procédures de contrôle de l'Organisation méritent réflexion : s'agissant des normes, on a pu considérer qu'elles étaient matériellement inutiles et qu'elles n'étaient pas

³ Cf. le Traité de paix entre les puissances alliées et l'Allemagne et protocole signés à Versailles, le 28 juin 1919, Partie XIII, section I, Préambule, Paris 1919.

⁴ WITZIG, N 282.

⁵ DUNAND/DREYER, p. 203.

⁶ FF 1919 IV 567, 651 ; FF 1920 V 443, 455.

⁷ BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY, p. 19.

⁸ BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY, p. 7 ss ; BERENSETIN/MAHON/DUNAND, N 100-102 ; SERVAIS, N 7-10. Cf. aussi, CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 10 décembre 1920, p. 444 ss.

⁹ BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY, p. 8 ; BERENSTEIN/MAHON/DUNAND, N 188 ; SERVAIS, N 10.

¹⁰ AUBERT, p. 457 ; BREINING-KAUFMANN, p. 147.

directement applicables ; quant aux procédures de contrôle, force est de constater qu'elles ne sont pas contraignantes et qu'elles ne sont pas ouvertes aux particuliers.

Depuis quelques années, les activités de l'OIT semblent toutefois susciter un regain d'intérêt dans notre pays. Les procédures ouvertes à la suite de plaintes déposées par les syndicats contre la Suisse auprès du Comité de la liberté syndicale¹¹, de nouvelles publications scientifiques sur le droit international du travail¹², ou encore l'approche du centenaire de l'Organisation ont sans doute contribué à ce changement d'attitude. En rendant, l'année dernière, un arrêt important sur le droit d'accès des syndicats aux locaux d'une administration publique, le Tribunal fédéral a lui-même conforté de manière décisive le mouvement, en se référant à plusieurs reprises aux instruments et aux avis produits par l'OIT¹³.

Plus généralement, nous souhaitons démontrer dans cette contribution que le droit de l'OIT a eu, dès les premières années de l'Organisation, un impact réel et constant dans notre ordre juridique. Après une description des caractéristiques principales de l'Organisation (**chapitre II**), nous traiterons de la portée du droit de l'OIT dans la législation suisse (**chapitre III**), puis dans la jurisprudence du Tribunal fédéral (**chapitre IV**).

II. Caractéristiques principales de l'OIT

Contrairement aux autres organisations internationales, l'OIT ne comprend pas seulement des représentants gouvernementaux, mais aussi des représentants des employés et des employeurs. Déjà prévu dans le Traité de Versailles, le principe du tripartisme permet à ces représentants de participer sur un pied d'égalité avec ceux des gouvernements aux discussions et aux décisions de l'Organisation¹⁴. Visant à établir des consensus, le tripartisme est notamment appliqué au sein de la Conférence internationale du travail, du Conseil d'administration et du Comité de la liberté syndicale.

Dans ce chapitre, nous évoquerons les autres éléments caractérisant l'OIT, soit ses organes (**section A**), les normes qu'elle produit (**section B**) et les mécanismes de contrôle qu'elle a institués (**section C**).

¹¹ Sur ces procédures, cf. DUNAND/MAHON et al., N 8-21.

¹² Cf., par exemple BERSET BIRCHER/MEIER, p. 581 ss, DUNAND/DREYER, p. 202 ss, ainsi que PÄRLI et al.

¹³ ATF 144 I 50.

¹⁴ BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY, p. 28 ; CHATTON, p. 63 ss.

A. Les organes de l'OIT

L'OIT comprend depuis l'origine trois organes principaux, la Conférence internationale du travail, organe législatif, le Conseil d'administration, organe exécutif, et le Bureau international du travail, organe administratif (art. 2 Constitution OIT).

1. La Conférence internationale du travail

La Conférence internationale du travail (ci-après : la Conférence) se compose de quatre représentants de chaque pays membre, à savoir deux délégués gouvernementaux, un délégué employeur et un délégué travailleur (art. 3, § 1 Constitution OIT). Chaque délégué a une voix. Depuis 1949, elle se réunit chaque année à Genève, au mois de juin, pendant trois semaines¹⁵.

La Conférence s'est vu conférer de nombreuses compétences. C'est elle, tout d'abord, qui discute et adopte les conventions et les recommandations de l'Organisation. Elle intervient aussi lors du contrôle de l'application par les Etats membres des conventions qu'ils ont ratifiées. Parmi de nombreuses autres attributions, la Conférence adopte encore le budget de l'Organisation, désigne les membres du Conseil d'administration et discute le rapport annuel établi par le Directeur général de l'OIT.

2. Le Conseil d'administration

Le Conseil d'administration constitue le pivot de toutes les activités de l'OIT¹⁶. Depuis 1975, il est composé de 56 membres, dont 14 représentants des travailleurs, 14 représentants des employeurs et 28 représentants des gouvernements (art. 7, § 1 Constitution OIT).

Le Conseil d'administration assure la coordination entre les divers organes de l'Organisation. Ses attributions sont importantes¹⁷. Ainsi, il établit l'ordre du jour de la Conférence, prend acte de ses décisions et détermine la suite qu'il convient de leur donner. Il fixe aussi les grandes lignes du programme de travail du BIT et nomme son Directeur général, lequel est responsable devant lui. Le Conseil prépare également le budget de l'Organisation et il joue un rôle essentiel dans le contrôle de l'application des normes internationales du travail.

¹⁵ BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY, p. 31.

¹⁶ BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY, p. 33.

¹⁷ BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY, p. 34.

3. Le Bureau international du travail

Le BIT est le secrétariat permanent de l'Organisation. Il emploie près de 3'000 fonctionnaires, nommés par le Directeur général (art. 9, § 1 Constitution OIT), qui travaillent au siège à Genève ainsi que dans quarante bureaux dans le monde.

Le Bureau constitue la cheville ouvrière de l'Organisation. Ses tâches sont nombreuses¹⁸. Il élabore tous les documents et les rapports destinés aux diverses réunions de l'Organisation et en particulier ceux qui sont discutés lors de la Conférence, dont les projets de conventions et de recommandations. Il fournit aussi toute aide technique appropriée aux gouvernements qui lui en font la demande. Enfin, il déploie une importante activité de recherche, de publication d'études et de diffusion d'informations.

B. Les normes internationales du travail

Il existe plusieurs sources du droit de l'OIT. La Constitution de l'Organisation définit les objectifs, la structure et les règles de fonctionnement de l'OIT. En particulier, elle dote la Conférence de deux outils normatifs : les conventions et les recommandations. Une majorité de deux tiers des voix des délégués présents est nécessaire à leur adoption. Il existe encore d'autres instruments normatifs, tels que les déclarations.

1. La Constitution de l'OIT

La Constitution de l'OIT est composée de deux documents, la partie XIII du Traité de Versailles de 1919 et la Déclaration de Philadelphie de 1944¹⁹.

Le Traité de Versailles met au premier plan les principes fondamentaux de l'Organisation, précise la composition et les fonctions des trois organes principaux et contient des dispositions relatives à l'adoption et au contrôle de l'application des normes élaborées par l'OIT.

Réunie en 1944 à Philadelphie, la Conférence adopte à l'unanimité une « Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du travail » (Déclaration de Philadelphie). Le texte est intégré en 1946 dans la Constitution de l'OIT. La Déclaration redéfinit les objectifs de l'OIT en les élargissant aux domaines des droits de l'homme et

¹⁸ BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY, p. 36 s.

¹⁹ Constitution de l'Organisation internationale du Travail du 28 juin 1919 – Nouvelle teneur selon l'Instrument pour l'amendement de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail du 9 octobre 1946, RS 0.820.1.

de l'activité économique et financière. Désormais, l'OIT ne s'intéresse plus qu'aux seules relations de travail, mais à tous les êtres humains²⁰.

Le préambule de la Constitution et la Déclaration de Philadelphie contiennent des préceptes fondamentaux auxquels les Etats sont supposés adhérer en entrant dans l'organisation. Parmi ceux-ci figurent la protection des enfants, la liberté syndicale et l'égalité des chances et de traitement²¹.

2. Les conventions de l'OIT

Adoptées par la Conférence internationale du travail, les conventions de l'OIT constituent des instruments destinés à créer des obligations internationales pour les Etats qui les ratifient²². On a pu écrire que ces conventions se présentent « comme des textes législatifs internationaux, votés par une sorte de parlement international du travail où siègent des délégués patronaux et syndicaux »²³ ou encore comme « des pactes conventionnels tripartites de droit international public »²⁴.

Les conventions sont soumises à la ratification des pays (art. 19, § 5 Constitution OIT) et sont intégrées ensuite dans le système législatif national, soit par procédure moniste soit par procédure dualiste. La Constitution de l'OIT ne prévoit pas la possibilité pour un Etat d'émettre des réserves lors de la ratification²⁵. En revanche, certaines conventions contiennent des clauses dites de flexibilité qui permettent aux Etats qui les ont ratifiées de mettre en œuvre ses dispositions de manière différenciée ou progressive²⁶. Les conventions entrent généralement en vigueur douze mois après les ratifications d'aux minimum deux Etats membres²⁷.

On compte aujourd'hui 189 conventions, dont 83 sont considérées comme étant à jour. L'OIT les classe en trois catégories : les conventions dites « fondamentales » qui régissent les droits fondamentaux au travail (huit conventions relatives à quatre droits fondamentaux)²⁸, les conventions dites « de gouvernance » qui concernent notamment la

²⁰ BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY, p. 14 ss.

²¹ SERVAIS, N 77.

²² VALTICOS, Droit international, p. 128.

²³ SERVAIS, N 171.

²⁴ SERVAIS, N 172.

²⁵ LA HOVARY, p. 56.

²⁶ BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY, p. 50.

²⁷ DUNAND/DREYER, p. 204.

²⁸ Liberté syndicale et droit à la négociation collective : Convention n° 87 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical (1948) et Convention n° 98 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective (1949) ; travail forcé : Convention n° 29 concernant le travail forcé ou obligatoire (1930) et Convention n° 105 concernant l'abolition du travail forcé

politique de l'emploi et l'inspection du travail (quatre conventions) et les conventions dites « techniques » qui comprennent toutes les autres. La Suisse a ratifié une soixantaine de conventions de l'OIT (et un protocole), dont 48 sont encore en vigueur, y compris les huit conventions fondamentales²⁹. Notre pays n'a toutefois pas ratifié des conventions importantes, telles que la Convention n° 135 concernant les représentants des travailleurs³⁰ ou la Convention n° 158 sur le licenciement³¹.

La Conférence a aussi adopté des protocoles destinés à compléter les conventions existantes. Le procédé est utilisé lorsque l'on ne souhaite modifier ou compléter que peu de dispositions d'une convention. Le protocole s'analyse comme une forme de convention, s'adopte de la même manière et produit les mêmes effets³².

3. Les recommandations de l'OIT

Les recommandations de l'OIT constituent des instruments normatifs de droit international qui sont semblables en grande partie aux conventions de l'OIT, mais s'en distinguent sur un point essentiel, dans la mesure où elles n'ont pas de caractère contraignant. En effet, n'étant pas soumises à ratification (art. 19, § 6 Constitution OIT), elles ne font pas naître d'obligations juridiques internationales³³.

Les recommandations sont souvent utilisées pour apporter des précisions sur le contenu et l'application de conventions qui énoncent des principes généraux ou pour définir des normes de caractère technique³⁴. La Conférence peut aussi choisir la forme de la recommandation lorsqu'un objet ne réunit pas un consensus suffisant en vue de l'adoption d'une convention³⁵. Il existe aujourd'hui plus de 200 recommandations.

(1957) ; travail des enfants : Convention n° 138 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi (1973) et Convention n° 182 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination (1999) ; égalité des chances et de traitement : Convention n° 100 concernant l'égalité de rémunération entre la main d'œuvre masculine et la main d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale (1951) et Convention n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (1958).

²⁹ PÄRLI et al., N 74. Sur la politique de ratification de la Suisse, cf. VALTICOS, L'attitude de la Suisse, p. 123 ss.

³⁰ Convention du 23 juin 1971, entrée en vigueur le 30 juin 1973.

³¹ Convention du 22 juin 1982, entrée en vigueur le 23 novembre 1985.

³² SERVAIS, N 166.

³³ BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY, p. 46.

³⁴ BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY, p. 51.

³⁵ BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY, p. 51.

4. Les déclarations de l'OIT

Les déclarations adoptées par la Conférence ou le Conseil d'administration du BIT constituent souvent des textes de référence dont le contenu et la portée sont toutefois très variables³⁶.

La Déclaration de Philadelphie constitue certainement la déclaration la plus importante puisqu'elle a été intégrée dans la Constitution de l'Organisation³⁷. On peut également citer deux autres déclarations, celle relative aux principes et droits fondamentaux au travail et à son suivi et celle relative à la justice sociale pour une mondialisation équitable.

La Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail et à son suivi a été adoptée par la Conférence à Genève en 1998³⁸. Elle cherche à assurer un lien entre la croissance économique et le progrès social dans une situation d'interdépendance économique croissante³⁹. La déclaration postule l'existence d'un socle universel d'obligations des Etats membres liées à leur seule appartenance à l'OIT. Elle reconnaît quatre droits du travail comme fondamentaux, qui découlent des fameuses huit conventions internationales de l'OIT, désignées comme « fondamentales ». Notons encore que la déclaration prévoit un mécanisme spécifique de suivi dont les modalités figurent dans son annexe.

Quant à la Déclaration sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, elle a été adoptée à l'unanimité par la Conférence à Genève en 2008⁴⁰. S'appuyant sur la Déclaration de Philadelphie de 1944 et sur celle de Genève de 1998, elle réaffirme le mandat de l'OIT et l'adapte à l'ère de la mondialisation⁴¹. Elle promeut le travail décent par le biais d'une approche coordonnée qui vise à réaliser quatre objectifs stratégiques : l'emploi, la protection sociale, le dialogue social et les principes et droits fondamentaux au travail.

C. Les mécanismes de contrôle

Le système de contrôle de l'application des normes de l'OIT s'est construit progressivement. Existait dès la création de l'Organisation en 1919, il va être concrétisé et étendu avec le temps. Toutes les procédures visent à exercer un contrôle de légalité et

³⁶ SERVAIS, N 194.

³⁷ PÄRLI et al., N 55-58.

³⁸ Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et à son suivi du 18 juin 1998, RS 0.822.2. Cf. PÄRLI et al., N 59-65.

³⁹ SERVAIS, N 201.

⁴⁰ PÄRLI et al., N 66.

⁴¹ SERVAIS, N 209.

d'efficacité des conventions ratifiées : il s'agit en effet d'examiner la conformité autant des législations que des pratiques nationales aux normes internationales du travail concernées⁴².

Certes, la limite des mécanismes de contrôle réside dans le fait qu'ils ne sont pas assortis de sanctions juridiques. L'application des normes internationales du travail se heurte souvent aux réticences des ordres juridiques nationaux et il n'existe pas de tribunal ou d'autorité ayant la compétence d'imposer leur respect. En particulier, les observations des organes de contrôle constituent des avis, certes autorisés, mais sans force contraignante.

Malgré tout, le système de contrôle est loin d'être inopérant. Associé au dynamisme du tripartisme, aux contacts diplomatiques, aux programmes d'assistance technique, aux mesures promotionnelles ou à diverses pressions indirectes (telles qu'une publicité négative), il a démontré une certaine efficacité⁴³.

Nous distinguerons ici le mécanisme du contrôle régulier des divers mécanismes de contrôle spécifiques.

1. Le contrôle régulier

Chaque Etat membre doit fournir régulièrement au BIT un rapport qui porte notamment sur la soumission des conventions et recommandations adoptées par la Conférence aux autorités nationales compétentes, sur l'effet donné aux conventions ratifiées, ainsi que sur l'état de la législation et de la pratique au regard des conventions non ratifiées et des recommandations (art. 19 et 22 Constitution OIT)⁴⁴. Les gouvernements doivent communiquer une copie de ces rapports aux organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs, afin qu'elles puissent formuler des observations ou apporter d'autres éléments au dossier (art. 23, § 2 de la Constitution OIT).

Les rapports sont soumis à la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (ci-après : la Commission d'experts), laquelle est composée d'une vingtaine de juristes indépendants dont l'opinion fait autorité⁴⁵. La Commission d'experts procède à un examen des rapports reçus des gouvernements, ainsi que des observations des organisations d'employeurs et de travailleurs, afin d'évaluer si les pays se conforment à leurs obligations⁴⁶. Elle rédige ensuite un rapport qui contient des commentaires

⁴² BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY, p. 160.

⁴³ CHATTON, p. 217 ss ; DUNAND/DREYER, p. 222 ; SERVAIS, N 1106.

⁴⁴ CHATTON, p. 49 ss ; DUNAND/DREYER, p. 217 s.

⁴⁵ SERVAIS, N 1069.

⁴⁶ SERVAIS, N 1038.

généraux et un examen d'ensemble des lois et des pratiques relatives à un ou plusieurs instruments déterminés⁴⁷.

Les commentaires de la Commission prennent la forme de « demandes directes » ou d'« observations ». Les demandes directes sont adressées directement aux gouvernements concernés, sans être publiées, et visent généralement à obtenir des informations complémentaires ou des précisions sur les pratiques. Les cas de mauvaise application des conventions de l'OIT sont le plus souvent réglés au stade des demandes directes. Si tel n'est pas le cas, ou lorsque la question est particulièrement sensible, la Commission d'experts formule des observations qui sont alors publiées et communiquées à la Conférence lors de sa prochaine réunion⁴⁸. Aucun Etat n'échappe à la vigilance de la Commission d'experts. Ainsi, la Suisse reçoit chaque année des demandes directes et parfois aussi des observations⁴⁹.

Le rapport annuel de la Commission d'experts est transmis à la Commission de l'application des conventions et recommandations de la Conférence internationale du travail, commission tripartite qui est constituée chaque année au sein de la Conférence. Cette commission porte son attention sur les cas comportant généralement des manquements graves des Etats⁵⁰. Elle fait ensuite rapport à la Conférence en séance plénière. Les délégués à la Conférence peuvent encore débattre et porter leur attention sur les cas les plus sérieux⁵¹.

Le rapport de la Commission tripartite est adopté par la Conférence et publié dans son compte-rendu. Il est ensuite demandé aux Etats concernés de mettre leur législation ou leur pratique en conformité avec les conventions qu'ils ont ratifiées et d'indiquer le moment venu les mesures effectivement prises⁵².

Le mécanisme de contrôle régulier a souvent montré une certaine efficacité, notamment pour les cas qui ont été sélectionnés et qui ont fait l'objet d'une discussion au sein de la Commission d'application des normes⁵³. En effet, de nombreux changements de législation ou de pratique dans les divers Etats concernés en ont découlé⁵⁴.

⁴⁷ SERVAIS, N 1038.

⁴⁸ BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY, p. 55.

⁴⁹ Les diverses demandes directes et les observations de la Commission d'experts concernant la Suisse peuvent être consultées sur le site www.ilo.org/dyn/normlex/fr > Contrôle de l'application des normes internationales du travail > Contrôle par pays > Suisse.

⁵⁰ SERVAIS, N 1039.

⁵¹ SERVAIS, N 1040.

⁵² CHATTON, p. 53 ss.

⁵³ BERSET BIRCHER/MEIER, p. 584 s.

⁵⁴ DUNAND/BERSET, p. 218.

Comme nous l'avons vu, la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail contient une annexe relative au suivi de la déclaration. Ce suivi s'inscrit globalement dans le cadre du mécanisme de contrôle régulier, mais avec quelques adaptations⁵⁵. Il comporte deux volets.

Le premier volet porte sur l'examen annuel, par un groupe d'experts du Conseil d'administration, de rapports soumis par les Etats membres sur les conventions fondamentales qu'ils n'auraient pas encore ratifiées (Annexe, chapitre II)⁵⁶. Il faut préciser que la Déclaration oblige les membres de l'OIT, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, à respecter, promouvoir et réaliser les droits fondamentaux, de bonne foi et conformément à la Constitution, même lorsqu'ils n'ont pas ratifié les conventions en question (art. 2 de la Déclaration). Les rapports du groupe d'experts contiennent des recommandations concrètes et sont publiés. Le Conseil d'administration peut engager un dialogue constructif avec les Etats concernés. La Suisse n'est pas concernée par ce premier volet dans la mesure où elle a ratifié les huit conventions fondamentales.

Quant au second volet, il consiste en un rapport global que le Directeur général du BIT soumet chaque année pour discussion à la Conférence sur l'une des quatre catégories de principes et droits fondamentaux au travail (Annexe, chapitre III)⁵⁷. Il couvre à la fois les pays qui ont ratifié les conventions pertinentes et ceux qui ne l'ont pas fait⁵⁸. Le Conseil d'administration décide des mesures à prendre en matière de coopération technique.

2. Les contrôles spécifiques

En plus d'être soumis au contrôle régulier, les Etats doivent collaborer aux mécanismes de supervision fondés sur le dépôt de réclamations ou de plaintes pour répondre aux allégations portées contre eux pour violation d'une convention.

a) Les réclamations

Une organisation professionnelle d'employeurs ou de travailleurs a la possibilité d'adresser une réclamation au BIT lorsqu'elle estime qu'un Etat membre de l'OIT « N'aurait pas assuré d'une manière satisfaisante l'exécution d'une convention à laquelle ledit Membre a adhéré » (art. 24 Constitution OIT).

⁵⁵ CHATTON, p. 73 ss.

⁵⁶ DUNAND/BERSET, p. 221.

⁵⁷ DUNAND/BERSET, p. 221.

⁵⁸ SERVAIS, N 206.

La réclamation est communiquée au gouvernement concerné et soumise au Conseil d'administration⁵⁹. Après en avoir admis la recevabilité, ce dernier décide soit de la rejeter, soit de saisir le Comité de la liberté syndicale, soit encore de constituer en son sein une Commission tripartite chargée de procéder à un premier examen du cas et de formuler des observations et des recommandations⁶⁰.

Lorsque le gouvernement ne donne pas de réponse satisfaisante, le Conseil d'administration prend les mesures opportunes. Il peut notamment rendre publique la réclamation reçue (art. 25 Constitution OIT), transmettre le dossier contenant ses propres observations à la Commission d'experts, laquelle en assure le suivi, ou alors constituer une commission d'enquête, la réclamation étant alors traitée comme une plainte. On notera que la Suisse n'a jamais fait l'objet de réclamations⁶¹.

b) Les plaintes

Le système de plaintes permet aux Etats membres de l'OIT de déposer une plainte au BIT contre un Etat membre qui n'assurerait pas d'une « manière satisfaisante l'exécution d'une convention » (art. 26, § 1 et § 4 Constitution OIT)⁶². La plainte vise également, comme la réclamation, la non-exécution d'une convention ratifiée, mais avec la possibilité de diligenter une procédure plus contraignante qui comprend la mise en œuvre d'une commission d'enquête⁶³.

L'Etat qui souhaite déposer une plainte doit avoir ratifié la convention dont il allègue la mauvaise application⁶⁴. Une plainte peut aussi être engagée par le Conseil d'administration, soit d'office, soit sur demande d'un délégué à la Conférence.

Après avoir reçu la plainte, le Conseil d'administration invite le gouvernement concerné à s'exprimer (art. 24, § 2 Constitution OIT). S'il l'estime adéquat, le Conseil transmet la plainte au Comité de la liberté syndicale ou forme une commission d'enquête, composée de trois à cinq membres indépendants, « qui aura pour mission d'étudier la question soulevée et de déposer un rapport à ce sujet » (art. 26, § 3 Constitution OIT).

La Commission d'enquête examine les preuves, auditionne les témoins et reçoit les prises de position des gouvernements concernés. Si nécessaire, elle visite le pays visé par la plainte. Elle rédige ensuite un rapport comportant les faits, la portée de la contestation, ses

⁵⁹ DUNAND/DREYER, p. 218.

⁶⁰ CHATTON, p. 172 ss ; SERVAIS, N 1042.

⁶¹ BERSET BIRCHER/MEIER, p. 585.

⁶² CHATTON, p. 174 ss.

⁶³ BERSET BIRCHER/MEIER, p. 585.

⁶⁴ DUNAND/DREYER, p. 219.

recommandations et le calendrier pour les réaliser⁶⁵. Le Directeur général du BIT communique ensuite le document au Conseil d'administration et à tous les gouvernements intéressés au différend ; il se charge aussi de sa publication⁶⁶. Le suivi des recommandations de la Commission d'enquête est assuré par la Commission d'experts⁶⁷.

Il y a eu jusqu'ici treize affaires traitées selon la procédure décrite ci-dessus, avec rapport d'une commission d'enquête⁶⁸. Les plaintes ont visé l'Allemagne, la Biélorussie, le Chili, la République Dominicaine, la Grèce, Haïti, le Libéria, le Myanmar (la Birmanie), le Nicaragua, la Pologne, le Portugal, la Roumanie et le Zimbabwe⁶⁹. En revanche, cette procédure de plainte n'a jamais été utilisée contre la Suisse⁷⁰.

Chacun des Etats concernés par le rapport doit signifier au directeur dans les trois mois s'il accepte ou non les recommandations et, dans la négative, s'il désire soumettre le différend à la Cour internationale de justice (art. 29, § 2 *in fine* Constitution OIT). Si elle est saisie, ce qui n'a encore jamais été le cas jusqu'à présent, la Cour peut confirmer, amender ou annuler les conclusions et recommandations de la Commission d'enquête ; sa décision n'est pas susceptible d'appel⁷¹.

Lorsqu'un Etat membre ne se soumet pas aux recommandations (ni à une éventuelle décision de la Cour internationale de justice), le Conseil d'administration peut recommander à la Conférence « telle mesure qui lui paraîtra opportune pour assurer l'exécution de ces recommandations » (art. 33 Constitution OIT).

Cette procédure extraordinaire, considérée comme une *ultima ratio*, a été utilisée à l'encontre du Myanmar qui ne voulait pas se conformer à l'interdiction du travail forcé, établie par la Convention OIT n° 29 concernant le travail forcé ou obligatoire qu'il avait ratifiée⁷².

C'est ainsi qu'en date du 14 juin 2000, la Conférence a voté une résolution demandant au Myanmar de prendre une « action concrète » pour mettre en œuvre les recommandations de la commission d'enquête de 1998, laquelle avait constaté que la pratique du travail forcé

⁶⁵ SERVAIS, N 1046.

⁶⁶ SERVAIS, N 1047.

⁶⁷ BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY, p. 58.

⁶⁸ CHATTON, p. 176 ss.

⁶⁹ Les rapports peuvent être consultés sur le site www.ilo.org/dyn/normlex/fr > Contrôle de l'application des normes internationales du travail > Commission d'enquête (art. 26).

⁷⁰ BERSER BIRCHER/MEIER, p. 585.

⁷¹ SERVAIS, N 1047.

⁷² Convention n° 29 concernant le travail forcé ou obligatoire, adoptée à Genève le 28 juin 1930 et entrée en vigueur le 1^{er} mai 1932.

dans le pays était « généralisée et systématique »⁷³. La résolution de la Conférence tendait notamment à alerter la communauté internationale et à lui demander de revoir ses relations (diplomatiques et économiques) avec le Myanmar. La longue procédure engagée a fini par porter ses fruits puisque le gouvernement de ce pays a finalement accepté un programme de coopération avec le BIT⁷⁴. La situation ayant évolué positivement, la Conférence a levé, en juin 2013, toutes les restrictions qui pesaient encore sur le Myanmar⁷⁵.

c) Les plaintes devant le Comité de la liberté syndicale

Instituée en 1950, la procédure de plainte devant le Comité de la liberté syndicale constitue une procédure spécifique pour examiner les plaintes en violation de la liberté syndicale. Elle a pour but de garantir que les principes découlant des Conventions de l'OIT n° 87 (liberté syndicale)⁷⁶ et n° 98 (droit d'organisation)⁷⁷ soient respectés par n'importe quel Etat membre, qu'il ait ratifié ou non lesdites conventions. Présentant les caractéristiques essentielles de la procédure générale de plainte, la procédure est diligentée par un organe spécifique, le Comité de la liberté syndicale⁷⁸. Ce comité est un organe tripartite permanent du Conseil d'administration, composé d'un président indépendant, de trois représentants d'Etats membres, de trois représentants des travailleurs et de trois représentants des employeurs⁷⁹.

Des organisations de travailleurs et d'employeurs peuvent déposer une plainte contre un Etat membre qui ne respecterait pas le principe de la liberté syndicale. Après avoir admis la recevabilité de la plainte, le Comité recueille toutes les informations utiles. A l'issue de l'instruction du dossier, il rédige un rapport à l'attention du Conseil d'administration dans lequel il peut formuler des recommandations. Le gouvernement doit alors rendre compte de la mise en œuvre des recommandations.

⁷³ Voir le rapport de la Commission d'enquête instituée en vertu de l'art. 26 de la Constitution de l'organisation internationale du travail pour examiner le respect par le Myanmar de la convention (n° 29) sur le travail forcé, Genève, 2 juillet 1998.

⁷⁴ CHATTON, p. 186 ss.

⁷⁵ SERVAIS, N 1048.

⁷⁶ Convention n° 87 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical, adoptée à San Francisco le 9 juillet 1948 et entrée en vigueur le 4 juillet 1959.

⁷⁷ Convention n° 98 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective, adoptée à Genève le 1^{er} juillet 1949 et entrée en vigueur le 18 juillet 1951.

⁷⁸ SERVAIS, N 1050.

⁷⁹ BERSET BIRCHER/MEIER, p. 586.

Lorsque le pays a ratifié les conventions pertinentes, des moyens complémentaires de contrôle peuvent être mis en œuvre⁸⁰. Le Conseil d'administration peut en particulier saisir la Commission d'experts.

Les travaux du Comité de la liberté syndicale ont été récompensés par de nombreux succès⁸¹. Ainsi, le dialogue entre des Etats et des partenaires sociaux a été renoué, des lois peu compatibles avec le principe de la liberté syndicale ont été amendées, de nombreux syndicalistes arrêtés sommairement ont été libérés, d'autres licenciés en raison de leur activité syndicale ont été réintégrés⁸².

Un cas célèbre concerne la reconnaissance du syndicat Solidarnosc et l'instauration du pluralisme syndical en Pologne, dans les années 1980, qui ont été favorisées par l'intervention du Comité de la liberté syndicale et d'autres organes de l'OIT⁸³.

La Suisse a fait l'objet jusqu'ici de cinq plaintes déposées par divers syndicats⁸⁴. Deux causes sont encore pendantes. La première a été déposée en 2003 par l'Union syndicale suisse (ci-après : USS) qui a allégué que la législation suisse ne respectait pas la Convention OIT n° 98 s'agissant de la protection contre les licenciements antisyndicaux⁸⁵. Selon l'USS, les indemnités auxquelles peuvent être condamnés les employeurs coupables de licenciement abusif antisyndical ou de licenciement non justifié d'un représentant du personnel (cf. art. 336 ss CO) seraient trop faibles et n'auraient pas d'effet dissuasif⁸⁶. Cette plainte a été accueillie favorablement par le Comité qui a émis des recommandations au gouvernement suisse dans deux rapports intérimaires de 2004⁸⁷ et 2006⁸⁸.

En substance, le Comité a estimé que l'ordre juridique suisse ne protégeait pas suffisamment les représentants syndicaux victimes de licenciements antisyndicaux. Il a retenu notamment que la protection contre le licenciement antisyndical des articles 336 ss CO n'était pas conforme à la Convention OIT n° 98 et a prié le Conseil fédéral de prendre des mesures pour prévoir le même type de protection pour les représentants syndicaux victimes de licenciements antisyndicaux que pour les personnes victimes de licenciement

⁸⁰ DUNAND/DREYER, p. 220.

⁸¹ DUNAND/DREYER, p. 220 s.

⁸² SERVAIS, N 1103.

⁸³ SERVAIS, N 1060.

⁸⁴ Cf. le site www.ilo.org/dyn/normlex/fr > Profil par pays > Suisse > Procédures de plainte > Cas du Comité de la liberté syndicale > Actif/Clos.

⁸⁵ Cas n° 2265 Suisse – Union syndicale suisse (USS), plainte du 14 mai 2003.

⁸⁶ cf. DUNAND/MAHON et al., N 9.

⁸⁷ Comité de la liberté syndicale, Rapport intérimaire N 335 de novembre 2004.

⁸⁸ Comité de la liberté syndicale, Rapport intérimaire N 343 de novembre 2006.

violant le principe d'égalité entre femmes et hommes, y compris la possibilité d'une réintégration (cf. art. 10 de la loi fédérale sur l'égalité⁸⁹).

La Commission d'experts s'est également prononcée à plusieurs reprises sur le régime du droit suisse de protection contre les licenciements antisyndicaux⁹⁰. Selon cette commission, les indemnités applicables pour licenciement abusif sont susceptibles d'avoir un caractère abusif pour les petites et moyennes entreprises mais n'ont pas ce caractère pour les entreprises à forte productivité ou pour les grandes entreprises⁹¹.

La Suisse a même dû se justifier devant la Commission tripartite d'application des normes quant aux mesures prises pour mettre sa législation en conformité avec la Convention n° 98. En effet, la Suisse a figuré sur la liste des Etats suspectés de manquements graves, sur laquelle la commission a porté son attention en 2006⁹².

Dans un premier temps, le Conseil fédéral a montré une certaine réticence à accepter les remarques des organes de contrôle. Il s'est notamment fondé sur un avis de droit rendu par l'Office fédéral de la justice au mois de mars 2006 dans lequel ce dernier a abouti aux quatre conclusions suivantes : seule la Cour internationale de justice est habilitée à donner une interprétation authentique des exigences posées par les conventions de l'OIT en matière de liberté syndicale, susceptible de lier juridiquement les Etats membres (1) ; les conclusions du Comité de la liberté syndicale n'ont, dans la mesure où elles interprètent les conventions internationales en matière de liberté syndicale, qu'une valeur informelle et officieuse (2) ; les recommandations prises par le Comité de la liberté syndicale sur la base de telles conclusions à l'adresse des gouvernements n'ont pas de valeur contraignante, du moins du point de vue juridique (3) ; s'adressant exclusivement aux gouvernements, les recommandations ne sauraient s'imposer à l'égard d'un législateur national ou d'une autorité judiciaire (4)⁹³.

Par la suite, le Conseil fédéral a toutefois fait preuve de bonne volonté en prenant diverses initiatives en vue d'une réforme du droit suisse et en sollicitant une étude approfondie sur les conditions et les aspects déterminants de la protection des représentants des travailleurs face aux licenciements⁹⁴. Cette étude, qui a été confiée par l'Office fédéral de la justice et

⁸⁹ Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995, RS 151.1.

⁹⁰ Cf., par exemple, l'observation adoptée en 2015 et publiée en 2016 lors de la 105^e session de la Conférence internationale du travail.

⁹¹ Cf. l'observation adoptée en 2008 et publiée en 2009 lors de la 98^e session de la Conférence.

⁹² Cf. BERSET BIRCHER/MEIER, p. 585.

⁹³ Cf. extrait d'un avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 8 mars 2006, *in* : JAAC 70 (2006) 94, 1577.

⁹⁴ Sur les initiatives du Conseil fédéral, cf. DUNAND/MAHON et al., NN 17-19 et BERSET BIRCHER/MEIER, p. 586 s.

le Secrétariat d'Etat à l'économie au Centre d'étude des relations de travail de l'Université de Neuchâtel (ci-après : CERT), a été rendue au mois d'août 2015⁹⁵. A ce jour, en l'absence de consensus politique, aucune réforme législative n'a abouti. La réflexion se poursuit au sein de la Commission fédérale tripartite pour les affaires de l'OIT. Il est probable que les organes de contrôle de l'OIT interpellent à nouveau le Conseil fédéral dans ce dossier.

La seconde plainte en cours d'examen a été déposée en 2013 par le Syndicat des services publics (ci-après : SSP) qui a allégué une insuffisance de la législation suisse en matière de protection des travailleurs contre les congés donnés en cas d'exercice du droit de grève⁹⁶. La plainte se fonde sur les événements qui se sont déroulés à l'Hôpital de la Providence à Neuchâtel entre juin 2012 et début 2013. A nouveau mandaté par la Confédération, le CERT a rendu une nouvelle étude en date du 11 avril 2016, portant sur la protection en cas de grève licite⁹⁷.

Des procédures judiciaires, de nature civile et pénale, ont été lancées par les protagonistes devant les juridictions suisses⁹⁸. Le Comité de la liberté syndicale paraît attendre le dénouement de ces procédures avant de se prononcer sur la plainte du SSP. Dans un arrêt récent sur lequel nous reviendrons ci-dessous, le Tribunal fédéral a considéré que le licenciement immédiat des grévistes était justifié, mettant ainsi fin au volet civil du litige⁹⁹.

III. La portée du droit de l'OIT dans la législation helvétique

Lorsqu'une convention est adoptée par la Conférence, elle est communiquée à tous les Etats membres en vue d'une éventuelle ratification par ceux-ci. Les gouvernements sont tenus de soumettre la convention aux autorités nationales compétentes dans un délai d'un an suite à la clôture de la Conférence (art. 19, § 5 Constitution OIT). Cette obligation de soumission n'implique évidemment pas le devoir de ratifier. Les gouvernements ont donc toute latitude quant à la nature des propositions qu'ils formulent dans ce contexte¹⁰⁰.

En Suisse, le Conseil fédéral transmet aux Chambres fédérales soit un rapport, lorsqu'il s'agit d'une soumission pour prise de connaissance mais sans volonté de ratification, soit

⁹⁵ Cf. DUNAND/MAHON et al.

⁹⁶ Cas n° 3023 Suisse – Syndicat des services publics, plainte du 10 avril 2013. Pour un résumé de la procédure, cf. DUNAND/MAHON/MATTHEY/RUSSO, N 17-20.

⁹⁷ Cf. DUNAND/MAHON/MATTHEY/RUSSO.

⁹⁸ BERSET BIRCHER/MEIER, p. 588.

⁹⁹ TF 4A_64/2018 du 17 décembre 2018, c. 6.

¹⁰⁰ BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY, p. 48.

un message dans le cas d'une proposition de ratification d'une convention¹⁰¹. Dans les deux cas, on vérifie la conformité ou non de la législation helvétique à la convention considérée par une comparaison minutieuse des normes.

Sans que cela soit très connu ou reconnu, de nombreuses modifications de la législation suisse sont intervenues suite à une ratification d'une convention de l'OIT ou en vue d'une ratification. Après avoir exposé la pratique du Conseil fédéral en la matière (**section A**), nous étudierons trois exemples concrets (**section B**).

A. La stratégie du Conseil fédéral en matière d'adaptation du droit suisse aux conventions de l'OIT

Le Conseil fédéral a eu l'occasion de définir à plusieurs reprises la politique qu'il entendait mener en matière de ratification des conventions de l'OIT et quant à la nécessité d'adapter ou non le droit suisse. L'année 1969 marque un tournant important. Jusque-là, le Conseil fédéral ne proposait une ratification que lorsque l'exécution de la convention en était assurée, c'est-à-dire qu'il lui paraissait que le droit suisse était déjà parfaitement conforme aux normes de l'instrument¹⁰². Dans un rapport de 1969, notre Gouvernement annonce une réorientation de sa pratique dans le sens qu'il suffit désormais que le droit suisse coïncide « dans les grandes lignes » avec la convention de l'OIT pour que celle-ci puisse être ratifiée par la Suisse. Selon le Conseil fédéral, les lacunes du droit suisse dans un tel cas peuvent être comblées soit par une application immédiate des dispositions de la convention soit par une adaptation de la législation helvétique¹⁰³.

Il ne faut toutefois pas surestimer ce changement de pratique qui concerne plus le moment que le principe de la mise en conformité du droit suisse. En effet, depuis l'origine, l'adoption de mesures législatives dans notre ordre juridique a été nécessaire pour donner plein effet aux conventions ratifiées. Simplement, dans la méthode suivie jusqu'en 1969, c'est avant la ratification que la législation suisse était mise en conformité, alors que depuis cette date une ratification peut être envisagée et engagée en parallèle ou dans l'attente d'une réforme de peu d'importance¹⁰⁴.

Globalement, comme l'indiquait BERENSTEIN dans une contribution quelque peu datée mais encore pertinente, la plupart des conventions ratifiées ont exercé une influence substantielle sur le développement du droit social en Suisse¹⁰⁵. Ainsi, le droit de l'OIT a

¹⁰¹ BERSET BIRCHER/MEIER, p. 582.

¹⁰² Cf., par exemple, CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 28 avril 1939, p. 775 s.

¹⁰³ Cf. CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 16 avril 1969, p. 729 s.

¹⁰⁴ VALTICOS, L'attitude de la Suisse, p. 137.

¹⁰⁵ BERENSTEIN, p. 7 s.

suscité de nombreuses adaptations du droit interne suisse, selon des modalités diverses¹⁰⁶. La forme la plus fréquente a été celle de la mise en conformité avant la ratification. Depuis l'assouplissement de 1969, il a été possible de soumettre aux Chambres fédérales un projet de ratification d'une convention avant que la divergence de la législation suisse ne fut comblée. Dans d'autres cas, la nécessité d'adapter la législation suisse ne s'est pas posée au moment de la ratification mais plus tard, par exemple sur une question qui n'avait pas été envisagée à l'origine. Parfois, les modifications ont été demandées par la Commission d'experts.

On trouve encore un exemple récent de prise en compte du droit de l'OIT dans les règles applicables à l'adjudication des marchés publics. En effet, la loi sur les marchés publics (ci-après : LMP) prévoit que pour les prestations fournies en Suisse, l'adjudicateur n'adjuge le marché qu'à un soumissionnaire qui observe les dispositions relatives à la protection des travailleurs et qui garantit à ses salariés l'égalité de traitement entre femmes et hommes (art. 8 al. 1, lit. b et c LMP)¹⁰⁷. Si la prestation est exécutée à l'étranger, l'ordonnance sur les marchés publics impose au soumissionnaire de respecter au moins les huit conventions fondamentales de l'OIT, qui sont expressément mentionnées dans l'annexe 2a de l'ordonnance (art. 7 al. 2 OMP)¹⁰⁸. L'objectif de cette règle est d'éviter de favoriser un soumissionnaire étranger qui produirait une offre plus avantageuse, au prix d'une violation des conventions fondamentales de l'OIT¹⁰⁹.

B. Trois exemples d'adaptation du droit suisse

Nous exposerons ici trois exemples dans lesquels la prise en compte du droit de l'OIT a débouché sur une réforme du droit suisse, à savoir la fixation de l'âge minimum d'admission à l'emploi, la rémunération du temps consacré à l'allaitement et la suppression de l'obligation d'accepter la fonction de curateur. Notons que dans les deux premiers cas, les adaptations du droit interne ont été effectuées dans le contexte d'une ratification, alors que dans le troisième cas, la modification légale est intervenue près de 80 ans après la ratification de la convention concernée !

¹⁰⁶ Pour de nombreux exemples, Cf. BERENSTEIN, p. 9 ss ; BERSET BIRCHER/MEIER, p. 597 ; KNEUBÜHLER, p. 71 ss ; VALTICOS, L'attitude de la Suisse, p. 136 ss.

¹⁰⁷ Loi fédérale sur les marchés publics (LMP) du 16 décembre 1994, RS 172.056.1.

¹⁰⁸ Ordonnance sur les marchés publics (OMP) du 11 décembre 1995, RS 172.056.11.

¹⁰⁹ BERSET BIRCHER/MEIER, p. 598.

1. L'âge minimum d'admission à l'emploi (art. 30 al. 1 LTr)

L'interdiction du travail des enfants a été l'une des premières mesures adoptées par les Etats industriels pour atténuer les excès de la révolution industrielle¹¹⁰. On peut voir dans ces réglementations la naissance du droit du travail moderne¹¹¹.

L'OIT s'est préoccupée dès son origine de la protection des enfants. C'est ainsi que lors de sa première session, en 1919, la Conférence a adopté la Convention n° 5 sur l'âge minimum (industrie)¹¹². Cette convention a posé le principe de l'interdiction d'employer des enfants de moins de quatorze ans dans les établissements industriels (art. 2).

Plusieurs autres instruments ont fixé, peu après, un âge équivalent pour d'autres secteurs d'activité¹¹³. Par la suite, l'âge minimum a été élevé à quinze ans, voire plus, pour certains travaux pénibles¹¹⁴.

En 1973, la Conférence a adopté la Convention n° 138 sur l'âge minimum, applicable à tous les secteurs, qui codifiait les règles antérieures¹¹⁵. La convention compte dix-huit articles, dont neuf articles de fond. Elle prévoit notamment que tout membre qui la ratifie doit spécifier, dans une déclaration annexe, un âge minimum d'admission à l'emploi (art. 2, § 1), étant entendu que cet âge ne doit, en principe, pas être inférieur à l'âge auquel cesse la scolarité obligatoire, ni en tout cas à quinze ans (art. 2, § 3).

La Convention contient toutefois plusieurs règles spécifiques et des clauses de souplesse qui permettent aux Etats de prévoir des dérogations. Ainsi, l'âge minimum d'admission à l'emploi peut être fixé à quatorze ans dans les pays « dont l'économie et les institutions scolaires ne sont pas suffisamment développées » (art. 2, § 4). Par ailleurs, cet âge minimum est porté, en principe, à dix-huit ans pour les travaux dangereux (art. 3). Il peut, en revanche, être abaissé à treize ans pour les travaux légers (art. 7). En outre, des dérogations sont possibles pour la participation à des activités telles que des spectacles artistiques (art. 8).

Vu le faible taux de ratification de la Convention n° 138, et face à la nécessité de prévenir, d'interdire et d'éliminer les formes les plus inacceptables de travail des enfants, la

¹¹⁰ SERVAIS, N 348 ; WITZIG, N 42.

¹¹¹ CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 10 décembre 1920, p. 468.

¹¹² Convention de l'OIT n° 5 fixant l'âge minimum d'admission des enfants aux travaux industriels du 28 novembre 1919, entrée en vigueur le 13 juin 1921.

¹¹³ SERVAIS, N 348.

¹¹⁴ SERVAIS, N 348.

¹¹⁵ Convention de l'OIT n° 138 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi du 26 juin 1973, entrée en vigueur le 19 juin 1976. Cette convention est complétée par la Recommandation n° 146 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi du 26 juin 1973.

Conférence a adopté en 1999 la Convention n° 182 sur les pires formes de travail des enfants¹¹⁶. Cette convention définit les pires formes de travail des enfants (art. 3) qui ne peuvent pas être permises pour toute personne âgée de moins de dix-huit ans (art. 2). Il s'agit notamment de l'esclavage et du travail forcé des enfants, de l'offre de ces derniers à des fins de prostitution ou d'activités illicites, comme le commerce de drogue, des travaux dangereux pour les enfants et du recrutement forcé de ceux-ci en vue de leur utilisation dans des conflits armés. Contrairement à la Convention n° 138, la Convention n° 182 ne prévoit aucune exception ou clause de flexibilité.

On rappellera encore que les Conventions OIT n° 138 et n° 182 font partie des huit conventions fondamentales de l'OIT.

En Suisse, la sensibilité visant à protéger les jeunes travailleurs est très ancienne¹¹⁷. On en trouve déjà des traces dans une réglementation zurichoise de 1799 ! Au XIX^e siècle, l'âge minimum d'admission à l'emploi est fixé à douze ou treize ans dans plusieurs réglementations cantonales. La loi fédérale sur le travail dans les fabriques le porte à quatorze ans, limite qui est maintenue par la nouvelle loi sur le travail dans les fabriques de 1914. C'est donc sans surprise que la Suisse a immédiatement ratifié la Convention de l'OIT n° 5¹¹⁸.

En date du 13 mars 1964, les Chambres fédérales adoptent la loi sur le travail (ci-après : LTr)¹¹⁹. La loi fixe à quinze ans révolus l'âge d'admission à l'emploi (art. 30 al. 1 LTr). Des exceptions sont prévues pour certains types de travaux. Pour déterminer la portée de la règle, il faut toutefois tenir compte du champ d'application de la loi. Si la LTr a vocation à s'appliquer à toutes les entreprises publiques et privées (art. 1 al. 1 LTr), des exceptions sont prévues quant aux entreprises (art. 2 LTr) et aux personnes (art. 3 LTr). La loi ne s'applique pas, par exemple, aux entreprises agricoles (art. 2 al. 1 lit. d LTr), aux entreprises horticoles (art. 2 al. 1 lit. e LTr), à la pêche (art. 2 al. 1 lit. f LTr) et aux ménages privés (art. 2 al. 1 lit. g LTr).

Suite à l'adoption par la Conférence, en 1973, de la Convention OIT n° 138, le Conseil fédéral a pris position dans un rapport de 1974. En substance, le Gouvernement a approuvé l'objectif principal de la convention d'abolir l'emploi des enfants comme main-d'œuvre à

¹¹⁶ Convention de l'OIT n° 182 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination du 17 juin 1999, entrée en vigueur le 19 novembre 2000. Cette convention est complétée par la Recommandation n° 190 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination du 17 juin 1999.

¹¹⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 10 décembre 1920, p. 468 ss.

¹¹⁸ Cf. CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 10 décembre 1920, p. 471.

¹¹⁹ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964, entrée en vigueur le 1^{er} février 1966 (RS 822.11).

bon marché¹²⁰. Toutefois, après une comparaison des principales dispositions de la convention avec la législation suisse, il a conclu que la Suisse ne pouvait pas ratifier cet instrument dans l'immédiat puisque le droit suisse ne lui était pas entièrement conforme. La principale lacune du droit national résidait alors dans l'absence d'une disposition sur l'âge minimum d'admission à l'emploi qui aurait été valable pour tous les secteurs économiques, vu les exclusions du champ d'application quant aux entreprises prévues dans la LTr¹²¹.

Dans un rapport de 1998, le Conseil fédéral a remis l'ouvrage sur le métier. Il faut dire que, comme nous l'avons précisé, l'interdiction du travail des enfants était devenue l'une des quatre priorités de l'OIT et que la Convention n° 138 avait été désignée comme l'une des conventions fondamentales que tous les Etats membres étaient appelés à ratifier.

Pour lever le principal obstacle qui avait empêché la ratification en 1974, le Conseil fédéral a proposé une réforme du champ d'application de la LTr permettant d'imposer l'âge minimum d'admission à l'emploi prévu à l'art. 30 al. 1 de la loi, également aux secteurs de l'agriculture, de l'horticulture, de la pêche, ainsi qu'aux ménages privés¹²². Dès lors, l'âge minimum de quinze ans pour l'accès à l'emploi valait pour tout travail et tout secteur d'activité¹²³. Les conditions requises pour ratifier la Convention n° 138 étaient donc réunies.

C'est ainsi que l'Assemblée fédérale a approuvé la Convention de l'OIT n° 138 par arrêté fédéral du 18 mars 1999¹²⁴, de même qu'une modification de la loi sur le travail, en date du 19 mars 1999, portant sur l'adjonction d'un quatrième alinéa à l'art. 2 LTr, ayant la teneur suivante : « Les dispositions de la loi et de ses ordonnances relatives à l'âge minimum s'appliquent aux entreprises au sens de l'al. 1, let. d à g »¹²⁵. La Convention n° 138 est entrée en vigueur pour la Suisse le 17 août 2000.

Quant à la Convention n° 182, elle a été approuvée par l'Assemblée fédérale le 9 mars 2000 et est entrée en vigueur pour la Suisse le 28 juin 2001¹²⁶.

¹²⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 8 mai 1974, p. 1584.

¹²¹ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 8 mai 1974, p. 1585 ss.

¹²² CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 21 septembre 1998, p. 513 s.

¹²³ CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 21 septembre 1998, p. 517.

¹²⁴ RO 2001 1426.

¹²⁵ RO 2000 1568.

¹²⁶ RO 2003 927 ; FF 2000 292.

2. La rémunération du temps consacré à l'allaitement (art. 60 al. 2 OLT 1)

La protection de la maternité est une préoccupation de l'OIT depuis sa création¹²⁷. Elle a fait l'objet de trois conventions : la Convention n° 3 du 29 novembre 1919 (adoptée lors de la première session de la Conférence)¹²⁸, qui a été révisée par la Convention n° 103 du 28 juin 1952¹²⁹, laquelle a elle-même été révisée par la Convention n° 183 du 15 juin 2000¹³⁰.

La Suisse n'ayant pas ratifié les Conventions n° 3 et n° 103, nous porterons notre attention sur la Convention n° 183. Cet instrument était destiné à renforcer la protection accordée aux femmes pendant la grossesse et l'allaitement, tout en introduisant une certaine souplesse dans certains domaines, par un renvoi à la législation et aux pratiques nationales.

La Convention n° 183 contient 21 articles, dont les 11 premiers constituent des dispositions substantielles. La Convention s'applique en principe à toutes les femmes employées, y compris les femmes qui le sont dans le cadre de formes atypiques de travail dépendant (art. 2, § 1). Des exceptions sont toutefois possibles. En effet, un Etat qui ratifie la convention peut, après consultation des organisations représentatives des employeurs et des travailleurs intéressés, exclure totalement ou partiellement de son champ d'application des catégories limitées de travailleurs lorsque son application à ces catégories soulèverait des problèmes spéciaux d'une importance particulière (art. 2, § 2).

La convention traite notamment¹³¹ de la protection de la santé des femmes enceintes ou qui allaitent et de leurs enfants (art. 3), du droit à un congé maternité d'une durée de quatorze semaines au moins, dont un congé obligatoire de six semaines après l'accouchement (art. 4), assorti de prestations en nature (prestations médicales) et en espèces, celles-ci devant être versées durant toute la durée du congé de maternité et être établies à un niveau tel que la femme puisse subvenir à son entretien et à celui de son

¹²⁷ Cf. PERRENOUD, La protection, p. 520 ss. Voir aussi la contribution de Christine Sattiva Spring dans le présent ouvrage, p. 129 ss.

¹²⁸ Convention de l'OIT n° 3 concernant l'emploi des femmes avant et après l'accouchement du 29 novembre 1919, entrée en vigueur le 13 juin 1921.

¹²⁹ Convention de l'OIT n° 103 concernant la protection de la maternité (révisée en 1952) du 28 juin 1952, entrée en vigueur le 7 septembre 1955. Cette convention est complétée par la Recommandation n° 95 concernant la protection de la maternité du 28 juin 1952.

¹³⁰ Convention de l'OIT n° 183 concernant la révision de la convention (révisée) sur la protection de la maternité du 15 juin 2000, entrée en vigueur le 7 février 2002. Cette convention est complétée par la Recommandation n° 191 concernant la révision de la recommandation sur la protection de la maternité du 15 juin 2000.

¹³¹ Sur les différentes mesures de protection prévues dans la convention, cf. LEMPEN, p. 203 ss ; SERVAIS, p. 270 ss et PERRENOUD, La protection, p. 537 ss.

enfant dans de bonnes conditions et selon un niveau de vie convenable (art. 6), de la protection contre les mesures discriminatoires, en particulier de tout licenciement pendant la grossesse, au cours du congé de maternité, et pendant une période suivant le retour à l'emploi (art. 8 et 9) ou encore du droit de prendre des pauses pour allaiter son enfant, devant être comptées comme temps de travail et rémunérées en conséquence (art. 10).

Suite à l'adoption par la Conférence de la Convention n° 183 au mois de juin 2000, le Conseil fédéral a comparé, dans un rapport du 15 juin 2001, les dispositions de cette dernière avec la législation et la pratique suisses, afin de déterminer si notre pays remplissait les exigences de la Convention. Il est parvenu à la conclusion que tel n'était pas le cas et qu'il fallait donc renoncer à la ratifier¹³². Le problème principal résidait dans l'inexistence en droit suisse d'un congé de maternité payé¹³³. Par ailleurs, la question de l'absence d'un droit à la rémunération des pauses prises pour allaiter son enfant était aussi problématique. Le Conseil fédéral a toutefois décidé de laisser cette seconde question ouverte vu l'obstacle majeur relevé précédemment¹³⁴. Finalement, le Conseil fédéral a annoncé qu'il conviendrait d'examiner une nouvelle fois la question de la ratification de la Convention n° 183 après qu'une législation suisse en matière de congé de maternité serait adoptée. Il a précisé que ladite convention serait à prendre en considération dans le débat national à venir¹³⁵.

Les efforts en vue de l'instauration d'une assurance-maternité ont finalement abouti en date du 3 octobre 2003 à l'adoption par les Chambres fédérales d'une révision de la LAPG, visant à introduire une allocation de maternité versée pendant 14 semaines (cf. art. 16b à 16h)¹³⁶. Cette réforme a été acceptée par le peuple suisse en date du 26 septembre 2004. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2005.

La voie était désormais libre pour un réexamen de la possible ratification de la Convention OIT n° 183 par la Suisse. Le dossier a été réactivé suite à une initiative parlementaire proposée par Madame Liliane Maury-Pasquier¹³⁷. C'est ainsi que dans un rapport du

¹³² CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 15 juin 2001, p. 5601 ss.

¹³³ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 15 juin 2001, p. 5605 ss. On rappellera que le peuple suisse avait refusé d'approuver en date du 13 juin 1999 une nouvelle loi fédérale sur l'assurance-maternité du 18 décembre 1998.

¹³⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 15 juin 2001, p. 5609.

¹³⁵ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 15 juin 2001, p. 5610.

¹³⁶ La révision engloba le titre même de la loi intitulée depuis lors, loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité du 25 septembre 1952, RS 834.1.

¹³⁷ Initiative parlementaire 07.455.

10 novembre 2011, la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national a proposé la ratification de cette convention¹³⁸.

La commission a constaté que suite à la révision de la LAPG, le droit suisse remplissait « quasi intégralement » les exigences de la convention, sous réserve d'une « lacune mineure » en matière de rémunération des pauses d'allaitement, lacune qui pouvait facilement être comblée par une légère adaptation de la législation sur le travail¹³⁹. Cette question mérite quelques précisions.

La Convention OIT n° 183 garantit à la femme le droit à une ou plusieurs pauses quotidiennes ou à une réduction journalière de la durée du travail pour allaiter son enfant (art. 10 § 1). Les Etats sont libres de déterminer dans leur législation et leur pratique nationale la période durant laquelle les pauses d'allaitement ou la réduction journalière du temps de travail sont permises, le nombre et la durée de ces pauses, ainsi que les modalités de la réduction journalière du temps de travail (art. 10, § 2). En revanche, ces pauses ou la réduction journalière du temps de travail doivent impérativement être comptées comme temps de travail et être rémunérées en conséquence (art. 10, § 2 *in fine*).

La législation suisse sur le travail, qui vise également à protéger les femmes enceintes, contient quelques dispositions sur le temps consacré à l'allaitement. En effet, l'art. 35a al. 2 LTr, dont la teneur n'a finalement pas été modifiée, prévoit que sur simple avis, les femmes enceintes peuvent se dispenser d'aller au travail ou le quitter. Il indique encore que les mères qui allaitent peuvent disposer du temps nécessaire à l'allaitement. Quant à l'ancien art. 60 al. 2 de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail (ci-après : OLT 1)¹⁴⁰, il précisait qu'au cours de la première année de la vie de l'enfant, l'intégralité du temps consacré à l'allaitement était réputé temps de travail lorsque la travailleuse allaitait son enfant dans l'entreprise ; par ailleurs, la moitié du temps consacré à l'allaitement était réputé temps de travail lorsque la travailleuse quittait son lieu de travail pour allaiter.

Force est de constater que le régime de l'époque ne réglait pas directement la question de la rémunération du temps consacré à l'allaitement¹⁴¹. La commission proposa en conséquence de modifier l'art. 35a al. 2 LTr, comme suit : « Sur simple avis, les femmes enceintes peuvent se dispenser d'aller au travail ou le quitter. Les mères qui allaitent

¹³⁸ COMMISSION DE LA SÉCURITÉ SOCIALE ET DE LA SANTÉ PUBLIQUE DU CONSEIL NATIONAL, Rapport du 10 novembre 2011, p. 1608.

¹³⁹ COMMISSION DE LA SÉCURITÉ SOCIALE ET DE LA SANTÉ PUBLIQUE DU CONSEIL NATIONAL, Rapport du 10 novembre 2011, p. 1598.

¹⁴⁰ Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000, RS 822.111.

¹⁴¹ GUIGNARD, p. 5.

peuvent disposer du temps nécessaire à l'allaitement. L'ordonnance détermine le temps d'allaitement qui doit être considéré comme temps de travail rémunéré »¹⁴².

Dans un avis du 15 février 2012, le Conseil fédéral a globalement approuvé le projet de la commission. Il a toutefois estimé que l'adaptation du régime helvétique en matière de rémunération des pauses d'allaitement pouvait être effectuée par le biais d'une modification de l'art. 60 OLT 1. Une révision de l'art. 35a LTr n'était en revanche, selon lui, pas nécessaire pour ratifier la Convention OIT n° 183. Cette décision de procéder par la voie de la révision d'une ordonnance a été critiquée en doctrine par des auteurs qui ont indiqué que les principes de la nouvelle réglementation auraient dû figurer dans la loi¹⁴³.

Toujours est-il que le Conseil fédéral a proposé de déposer l'instrument de ratification dès que l'OLT 1 serait adaptée¹⁴⁴. Les Chambres fédérales se sont ralliées à l'avis du Conseil fédéral et ont voté l'arrêté fédéral portant approbation de la Convention OIT n° 183 en date du 14 décembre 2012.

Comme annoncé, le Conseil fédéral adopta en date du 30 avril 2014 une modification de l'art. 60 al. 2 OLT 1, entrée en vigueur le 1^{er} juin suivant¹⁴⁵. Le texte est désormais le suivant : « Les mères qui allaitent peuvent disposer des temps nécessaires pour allaiter ou tirer leur lait. Au cours de la première année de la vie de l'enfant, le temps pris pour allaiter ou tirer du lait est comptabilisé comme temps de travail rémunéré dans les limites suivantes : a. pour une journée de travail jusqu'à 4 heures : 30 minutes au maximum ; b. pour une journée de travail de plus de 4 heures : 60 minutes au maximum ; c. pour une journée de travail de plus de 7 heures : 90 minutes au maximum ».

Les principales modifications du régime antérieur ont donc porté, d'une part, sur la suppression de la différence dans la façon de comptabiliser le temps consacré à l'allaitement comme temps de travail selon que l'allaitement a lieu à l'intérieur ou à l'extérieur de l'entreprise, et d'autre part, sur l'institution d'une obligation de l'employeur de rémunérer, dans certaines limites, le temps consacré à l'allaitement¹⁴⁶.

Après le dépôt par le Conseil fédéral de l'instrument de ratification en date du 4 juin 2014, la Convention OIT n° 183 est entrée en vigueur pour la Suisse le 4 juin 2015¹⁴⁷. Il faut toutefois signaler que le droit suisse n'est pas encore totalement conforme aux normes de la Convention OIT n° 183. En effet, toutes les travailleuses de notre pays ne bénéficient

¹⁴² Cf. FF 2012 1613.

¹⁴³ Cf., par exemple, GUIGNARD, p. 8 ss.

¹⁴⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, Avis du 15 février 2012, p. 1625.

¹⁴⁵ RO 2014 999.

¹⁴⁶ Cf. SECO, Rapport explicatif de novembre 2013, p. 2.

¹⁴⁷ RO 2015 1233 ; RS 0.822.728.3.

point du régime favorable de la LTr, puisque la loi prévoit des exceptions dans son champ d'application quant aux entreprises (art. 2 LTr) et quant aux personnes (art. 3 LTr). Ne sont par exemple pas protégées par la LTr les travailleuses à domicile (art. 3 lit. f LTr) ou les employées des administrations fédérales, cantonales ou communales (art. 2 al. 1 lit. a LTr)¹⁴⁸.

La LTr et ses ordonnances d'application ont donc un champ d'application personnel plus limité que la Convention¹⁴⁹. La Confédération a apparemment fait usage de la possibilité prévue à l'art. 2, § 2 de la Convention, d'exclure du champ d'application de celle-ci des « catégories limitées de travailleurs », en l'occurrence précisément les catégories de travailleuses et les types d'entreprises non couverts par la LTr¹⁵⁰. Dans les années à venir, le Conseil fédéral devra cependant « décrire les mesures prises afin d'étendre progressivement les dispositions de la convention à ces catégories » (art. 2, § 3, *in fine*).

Malgré ces réserves, l'on peut conclure que l'institution de l'obligation de l'employeur prévue dans la LTr de rémunérer, à certaines conditions, les pauses consacrées à l'allaitement ou au tirage du lait constitue un bon exemple de l'impact concret qu'a pu avoir dans l'ordre juridique suisse la ratification d'une convention de l'OIT par la Confédération.

3. La suppression de l'obligation d'accepter la fonction de curateur (art. 400 al. 2 CC)

Il peut arriver qu'une convention de l'OIT dont il paraissait au moment de sa ratification qu'elle fût sans importance pratique pour la Suisse devienne d'actualité quelques décennies plus tard. Nous prendrons pour exemple la Convention n° 29 sur le travail forcé à laquelle on a récemment fait référence lorsqu'il s'est agi de supprimer la règle du Code civil prévoyant l'obligation d'accepter la fonction de curateur (art. 400 al. 2 aCC).

On rappellera qu'au fil des ans, la Conférence a adopté trois instruments majeurs relatifs au travail forcé, qui se complètent et qui ont tous trois été ratifiés par la Suisse : la Convention de l'OIT n° 29 concernant le travail forcé ou obligatoire du 28 juin 1930¹⁵¹, la

¹⁴⁸ Cf. LEMPEN, p. 202 s.

¹⁴⁹ GUIGNARD, p. 20.

¹⁵⁰ GUIGNARD, p. 22.

¹⁵¹ Convention approuvée par l'Assemblée fédérale le 20 juin 1939 et entrée en vigueur pour la Suisse le 23 mai 1941 (RS 0.822.713.9).

Convention de l'OIT n° 105 concernant l'abolition du travail forcé du 25 juin 1957¹⁵² et le Protocole de 2014 relatif à la Convention sur le travail forcé du 11 juin 2014¹⁵³.

Nous nous concentrerons ici sur la Convention n° 29. Reflet de l'époque coloniale, la plupart de ses dispositions sont considérées aujourd'hui comme inapplicables¹⁵⁴. La Convention a toutefois résisté au temps, d'une part parce qu'elle contient des principes fondamentaux, et d'autre part, parce que la Commission d'experts a souligné sa pertinence pour lutter contre de nouvelles formes de travail forcé¹⁵⁵.

Selon l'article premier, paragraphe premier de la convention, tout membre qui a ratifié cet instrument « s'engage à supprimer l'emploi du travail forcé ou obligatoire sous toutes ses formes dans le plus bref délai ».

Le travail forcé comprend « tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de son plein gré » (art. 2, § 1). La convention s'applique à tout individu sans distinctions et à toutes les relations d'emploi, que celles-ci soient temporaires ou permanentes, *de iure* ou *de facto*¹⁵⁶.

La convention exclut de son champ d'application certains types de travaux qui sont énumérés à son article deux, paragraphe deux. Il s'agit notamment des travaux effectués en vertu des lois sur le service militaire obligatoire (lettre a), faisant partie des obligations civiques normales des citoyens (lettre b), exigés d'un individu comme conséquence d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire (lettre c) ou dans les cas de force majeure (lettre d), ou encore qui peuvent être considérés comme des menus travaux de village (lettre e).

Ainsi, les travaux ou services faisant partie des obligations civiques normales des citoyens d'un pays ne sont pas soumis à la Convention. Trois obligations civiques sont expressément citées : le service militaire obligatoire, tout travail ou service exigé en cas de force majeure, et les menus travaux de village. Comme autres exemples d'obligations civiques normales, la Commission d'experts cite par exemple la participation obligatoire à un jury et le devoir d'assister une personne en danger¹⁵⁷. En outre, la Commission précise que l'exception que constituent les obligations civiques normales doit « être interprétée de manière restrictive, à la lumière d'autres dispositions de la convention, et ne saurait être

¹⁵² Convention approuvée par l'Assemblée fédérale le 18 juin 1958 et entrée en vigueur pour la Suisse le 18 juillet 1959.

¹⁵³ Protocole approuvé par l'Assemblée fédérale le 17 mars 2017 et entré en vigueur pour la Suisse le 28 septembre 2018.

¹⁵⁴ LA HOVARY, p. 77.

¹⁵⁵ LA HOVARY, p. 76.

¹⁵⁶ LA HOVARY, p. 77.

¹⁵⁷ COMMISSION D'EXPERTS, N 277.

invoquée pour justifier le recours à des formes de travail obligatoire qui sont contraires à la lettre et à l'esprit de la convention »¹⁵⁸.

Dans un premier temps, soit en 1931, la Confédération a décidé de ne pas ratifier la Convention n° 29. La raison en était que la Suisse ne s'estimait pas concernée par son contenu et qu'il convenait d'attendre que les principales puissances coloniales, qui elles étaient « directement intéressées à la question », ratifient cet instrument¹⁵⁹. Quelques années plus tard, soit en 1939, le Conseil fédéral a considéré que le moment était venu de ratifier la Convention puisque plusieurs Etats coloniaux, tels que la France, la Grande-Bretagne ou l'Italie, l'avaient eux-mêmes entre-temps ratifiée¹⁶⁰. Ainsi, l'Assemblée fédérale a approuvé la Convention n° 29 le 20 juin 1939.

L'existence de cette convention aurait pu être totalement oubliée en Suisse n'eût été la vigilance de la Commission d'experts. En effet, celle-ci a régulièrement interpellé le Conseil fédéral ces dernières années sur la conformité de la législation ou de la pratique helvétiques à la Convention n° 29, par le biais de demandes directes. Les thèmes suivants ont été évoqués : prisonniers travaillant pour des entreprises privées, travail d'intérêt général, privation de liberté à des fins d'assistance, traite des personnes ou encore obligation d'accepter la fonction de curateur¹⁶¹. Ce dialogue permanent a contribué à faire évoluer le droit suisse. Nous prendrons l'exemple de l'obligation d'accepter la fonction de tuteur ou curateur.

Pratiquée dans certains cantons suisses, une telle obligation a été reprise dans le Code civil suisse de 1907¹⁶². Elle correspondait au principe selon lequel la tutelle est un *munus publicum*, une charge publique obligatoire¹⁶³. La règle a survécu à diverses réformes du Code civil, dont celle du droit de la tutelle de 2008, malgré les critiques qu'elle avait suscitées et bien qu'elle fût largement tombée en désuétude, à l'exception du canton de Vaud¹⁶⁴. C'est ainsi que l'art. 400 al. 2 aCC, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013, avait la teneur suivante : « Sous réserve de justes motifs, la personne nommée est tenue d'accepter la curatelle »¹⁶⁵.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 31 mars 1931, p. 467.

¹⁶⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 28 avril 1939, p. 774.

¹⁶¹ Les diverses demandes directes de la Commission d'experts peuvent être consultées sur le site www.ilo.org/dyn/normlex/fr > Contrôle de l'application des normes internationales du travail > Contrôle par pays > Suisse.

¹⁶² Art. 382 CC (1907).

¹⁶³ Cf. ROSSEL/MENTHA, pp. 541-542.

¹⁶⁴ Cf. FLÜCKIGER, pp. 267-268.

¹⁶⁵ Cf. RO 2011, p. 737.

En 2012, alertée par l'USS d'une possible violation par la Suisse de la Convention n° 29, de par l'obligation d'accepter la fonction de tuteur (curateur), la Commission d'experts a transmis une demande directe au Conseil fédéral¹⁶⁶. La Commission a tout d'abord rappelé que les obligations civiles normales qui peuvent être imposées à la population « sans relever de la définition du travail forcé au sens de la convention doivent répondre à certains critères : concerner des tâches qui relèvent de l'intérêt général ; affecter l'ensemble des citoyens sur un pied d'égalité ; et s'inscrire dans des limites raisonnables de proportionnalité ». Au vu des critères mentionnés, la Commission a souhaité « que le gouvernement fournisse des informations sur la manière dont les curateurs sont choisis par l'autorité de protection de l'adulte ainsi que sur une évaluation de la charge de travail que représentent en moyenne les fonctions de curateur ». Elle a demandé aussi des indications sur « les conséquences juridiques qu'entraîneraient le refus d'une personne désignée par l'autorité compétente de s'acquitter de cette fonction ». Enfin, la Commission a prié le Conseil fédéral de fournir « des informations statistiques concernant le canton de Vaud sur le nombre de refus et les sanctions qui, le cas échéant, auraient été prononcées ».

En parallèle, en date du 14 mars 2012, le conseiller national Jean Christophe Schwaab a déposé une initiative parlementaire visant à ce que personne ne puisse être nommé curateur contre son gré¹⁶⁷. En 2014, la Commission d'experts a formulé une nouvelle demande directe dans laquelle elle a enjoint notamment le Conseil fédéral de fournir des informations sur la suite qui serait donnée à l'initiative parlementaire précitée¹⁶⁸. La même année, le canton de Vaud a décidé de mettre fin à sa pratique.

En 2016, la Commission d'experts a adressé encore une demande directe au Conseil fédéral dans laquelle elle se félicitait de la réforme vaudoise et priait le gouvernement de lui fournir des informations sur l'évolution de l'initiative parlementaire du député Schwaab¹⁶⁹.

Finalement, en date du 2 février 2017, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a décidé de donner suite à l'initiative parlementaire visant à supprimer l'obligation prévue dans le Code civil d'accepter la fonction de curateur¹⁷⁰. Le 29 mars suivant, le Conseil fédéral a proposé d'approuver le projet¹⁷¹. C'est ainsi qu'en date du 29 septembre 2017, les Chambres fédérales ont approuvé la modification de l'art. 400 al. 2 du Code civil

¹⁶⁶ Demande directe adoptée en 2012 et publiée en 2013 à l'occasion de la 102^e session de la Conférence.

¹⁶⁷ Initiative parlementaire n° 12.413.

¹⁶⁸ Demande directe adoptée en 2014 et publiée en 2015 à l'occasion de la 104^e session de la Conférence.

¹⁶⁹ Demande directe adoptée en 2016 et publiée en 2017 à l'occasion de la 106^e session de la Conférence.

¹⁷⁰ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 2 février 2017, *in* : FF 2017 1661.

¹⁷¹ Avis du Conseil fédéral du 29 mars 2017, *in* : FF 2017 3011.

dans la teneur suivante : « La personne nommée ne peut l’être qu’avec son accord »¹⁷². La réforme est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019.

En synthèse, il est évident que les actions de l’OIT n’ont pas été décisives pour la suppression de l’obligation d’accepter la fonction de curateur en droit suisse. L’initiative Schwaab, les critiques de la doctrine portant notamment sur la question de la conformité de cette pratique ancestrale avec l’article 4 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950¹⁷³ (ci-après : CEDH)¹⁷⁴ et la désuétude de l’institution ont fait leur œuvre. N’en demeure pas moins que les demandes directes successives de la Commission d’experts ont certainement contribué à convaincre les autorités suisses de la nécessité de la réforme finalement entreprise.

IV. La portée du droit de l’OIT dans la jurisprudence du Tribunal fédéral

Les juridictions internes à chaque Etat membre de l’OIT peuvent jouer un rôle majeur dans la concrétisation et l’application des normes internationales du travail dans les ordres juridiques nationaux. La science juridique s’est souvent focalisée sur la question de déterminer si telle ou telle norme (ou convention) était directement applicable ou non. Pourtant, il existe des possibilités variées pour un tribunal d’utiliser les normes internationales du travail (application directe, usage interprétatif, prise en compte d’instruments non contraignants, etc.)¹⁷⁵.

En Suisse, et à quelques exceptions près, le Tribunal fédéral a été réticent à la prise en compte des instruments de l’OIT. Notre Haute Cour semble toutefois avoir réorienté sa jurisprudence dans un arrêt de référence rendu en 2017¹⁷⁶, déjà cité dans notre introduction.

Nous souhaitons dans ce chapitre rendre compte de la portée du droit de l’OIT dans les arrêts du Tribunal fédéral. Après avoir exposé l’évolution des lignes directrices de la jurisprudence (**section A**), nous citerons des arrêts dans lesquels le Tribunal fédéral s’est

¹⁷² RO 2018 2801.

¹⁷³ RS 0.101.

¹⁷⁴ Cf. notamment FLÜCKIGER, p. 263 ss. Notons que dans deux arrêts rendus en 2013 et 2014, le Tribunal fédéral a estimé ne pas devoir trancher, pour des motifs liés aux litiges qui lui étaient soumis, la controverse portant sur la question de savoir si l’obligation d’accepter le mandat de curatelle était conforme ou non à l’art. 4 CEDH (TF 5A_699/2013 du 29 novembre 2013, c. 3 et TF 5A_691/2013 du 14 janvier 2014, c. 2.2).

¹⁷⁵ Cf. BEAUDONNET, p. 43 ss.

¹⁷⁶ ATF 144 I 50.

référé au droit de l'OIT, qu'il s'agisse d'instruments contraignants (**section B**) ou non contraignants (**section C**).

A. Lignes directrices de la jurisprudence

Nous distinguerons les principes formulés par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence traditionnelle de ceux qui découlent de l'arrêt de 2017.

1. La jurisprudence traditionnelle

D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, les traités internationaux valablement conclus par les autorités fédérales lient la Suisse dès l'échange des instruments de ratification. Ils acquièrent alors validité immédiate dans l'ordre juridique suisse et s'incorporent au droit fédéral¹⁷⁷. Il convient toutefois de bien distinguer la question de la validité immédiate du traité international de celle du caractère directement applicable de ses dispositions. Pour qu'un particulier puisse invoquer en justice les dispositions d'un traité international, il faut qu'elles aient pour objet ses droits et obligations, qu'elles revêtent un contenu suffisamment clair et précis pour servir de fondement à un jugement dans une cause déterminée et qu'elles aient pour destinataires les autorités chargées de l'application du droit¹⁷⁸.

Déterminer si une norme d'une convention est directement applicable est une question d'interprétation. Lorsqu'il publie un message en vue d'une ratification, le Conseil fédéral précise souvent si les dispositions sont directement applicables ou non¹⁷⁹. Notre Gouvernement a par exemple relevé, en relation avec l'art. 4 de la Convention OIT n° 87, que les « obligations de ne pas faire » contenues dans un traité international étaient généralement directement applicables dans l'ordre juridique interne des Etats contractants¹⁸⁰. Le Tribunal fédéral s'est également prononcé à plusieurs reprises sur le caractère directement applicable d'une norme d'une convention de l'OIT à l'occasion des litiges qui lui ont été soumis.

D'une manière générale, il est plutôt rare que le Conseil fédéral ou le Tribunal fédéral aient reconnu qu'une disposition d'une convention de l'OIT était directement applicable¹⁸¹.

¹⁷⁷ ATF 130 I 312.

¹⁷⁸ Cf., par exemple, ATF 98 Ib 385, c. 2a ; TF 4C.422/2004 du 13 septembre 2005, c. 3.1.2, non publié *in* : ATF 132 III 122.

¹⁷⁹ BERSET BIRCHER/MEIER, p. 596 et référence citée.

¹⁸⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 8 mai 1974, p. 1599.

¹⁸¹ Cf. BERSET BIRCHER/MEIER, p. 596 ; WYLER/HEINZER, p. 14 ss.

Ainsi, dans un arrêt de 2005¹⁸², le Tribunal fédéral a-t-il considéré que la Convention OIT n° 98, dans son ensemble, n'était pas directement applicable. Cette jurisprudence a été confirmée dans un arrêt de 2012, contenant le considérant suivant : « Les recourants invoquent comme critère d'interprétation de l'art. 28 Cst. les conventions de l'Organisation internationale du travail. Même ratifiées par la Suisse, de telles conventions ne sont cependant pas directement applicables et ne peuvent être invoquées directement par les particuliers »¹⁸³.

Cette jurisprudence traditionnelle nous paraît critiquable autant dans ses fondements que dans sa portée. Dans ses fondements, parce que le Tribunal fédéral semble avoir appliqué de manière fort restrictive les critères qu'il a lui-même établis pour caractériser une norme directement applicable. Nous estimons qu'à l'occasion de futurs litiges, il conviendrait de réévaluer le caractère directement applicable ou non de certaines normes contenues dans des conventions de l'OIT liant la Suisse. Comme nous l'examinerons ci-dessous, le Tribunal fédéral s'est déjà prêté à un tel exercice en 1993 dans un arrêt dans lequel il a opéré un changement de jurisprudence sur la question¹⁸⁴. La prise en compte d'une étude doctrinale assez récente qui tend à démontrer que plusieurs dispositions des conventions fondamentales de l'OIT seraient directement applicables pourrait être utile dans ce contexte¹⁸⁵.

La jurisprudence traditionnelle nous paraît contestable dans sa portée également, car pour notre Haute Cour si une norme ou une convention sont considérées comme n'étant pas directement applicables, il conviendrait d'écarter intégralement le droit de l'OIT et de lui dénier toute portée, même interprétative. Sur cette question, le Tribunal fédéral a toutefois récemment développé une méthode inédite que nous souhaitons maintenant résumer.

2. Une nouvelle approche

Le fameux arrêt de 2017 semble manifester un « changement de paradigme »¹⁸⁶, plus ouvert aux instruments de l'OIT, et moins focalisé sur la question du caractère directement applicable des normes internationales du travail¹⁸⁷. On en retiendra les éléments suivants.

Tout d'abord, selon les juges de Mon-Repos, il n'est pas nécessaire de revenir sur la question du caractère directement applicable des Conventions de l'OIT n° 87 et 98, puisque dans tous les cas le Tribunal fédéral peut s'y référer de sa propre initiative en vue

¹⁸² TF 4C.422/2004 du 13 septembre 2005, c. 3.2.2.1, non publié *in* : ATF 132 III 122.

¹⁸³ TF 6B_758/2011 du 24 septembre 2012, c. 1.3.3.

¹⁸⁴ ATF 119 V 171, c. 3 et 4.

¹⁸⁵ Cf. KAUFMANN/GOOD, p. 653 ss.

¹⁸⁶ Selon les termes choisis par le professeur PASCAL MAHON, pp. 371 et 379 ss.

¹⁸⁷ ATF 144 I 50.

de concrétiser la portée de l'art. 28 Cst. fédérale. En effet, de nombreux droits fondamentaux des travailleurs protégés par les instruments de l'OIT, dont la Convention n° 87, se recouvrent partiellement avec des dispositions de la CEDH et du Pacte ONU II, dont le caractère directement applicable a été reconnu par le Tribunal fédéral, alors même que leur contenu n'est pas plus précis que celui des conventions pertinentes de l'OIT¹⁸⁸.

Par ailleurs, il faut admettre que les normes d'une convention OIT qui prévoient des devoirs d'abstention de l'Etat (*Unterlassungspflichten*), telles que l'art. 3, § 2 de la Convention n° 87, doivent être considérées comme ayant par nature un caractère directement applicable¹⁸⁹.

Enfin, la pratique des organes de contrôle de l'OIT (Comité de la liberté syndicale et Commission d'experts) fait partie du dénommé « matériau pertinent non conventionnel » auquel même la Cour européenne des droits de l'homme fait référence dans sa jurisprudence. Cette pratique doit donc être considérée comme une source importante d'information pour l'interprétation des conventions de l'OIT et du droit suisse¹⁹⁰.

Cet arrêt de 2017 a été confirmé sur un point dans un arrêt de 2018. Le Tribunal fédéral y précise que la pratique du Comité de la liberté syndicale peut servir, en fonction des circonstances, à l'interprétation du droit suisse¹⁹¹.

Il nous semble que l'on peut tirer trois enseignements majeurs de ces deux arrêts. Premièrement, les normes contenant une obligation d'abstention des pouvoirs publics sont en principe directement applicables. A l'occasion d'un litige de droit du travail, il est donc utile d'identifier ces normes dans les conventions de l'OIT liant la Suisse. Deuxièmement, les tribunaux suisses peuvent appliquer ou du moins tenir compte des normes des conventions de l'OIT qui protègent les droits fondamentaux des travailleurs puisqu'elles se superposent à des normes similaires, dont le caractère directement applicable est reconnu, qui se trouvent dans d'autres instruments internationaux qui lient la Suisse. Les huit conventions fondamentales de l'OIT, qui consacrent les droits fondamentaux des travailleurs (liberté d'association et droit de négociation collective, élimination de toute forme de travail forcé, abolition effective du travail des enfants et élimination de la discrimination en matière d'emploi), sont particulièrement concernées¹⁹². Troisièmement, les juridictions internes peuvent se référer aux avis des organes de contrôle de l'OIT, aussi bien pour interpréter les normes internationales du travail que le droit interne suisse. On précisera que même si ces organes ne sont pas des autorités judiciaires, il est incontestable

¹⁸⁸ ATF 144 I 50, c. 5.3.3.1.

¹⁸⁹ ATF 144 I 50, c. 5.3.3.2.

¹⁹⁰ ATF 144 I 50, c. 5.3.3.1.

¹⁹¹ TF 4A_64/2018 du 17 décembre 2018, c. 5.3.3.2.

¹⁹² Cf. DUNAND/DREYER, p. 207 ss.

que leurs travaux constituent une lecture particulièrement autorisée et avisée des conventions de l'OIT¹⁹³. On doit leur reconnaître également une force morale certaine¹⁹⁴.

B. Références à des instruments contraignants

Dans plusieurs de ses arrêts, le Tribunal fédéral s'est référé à des conventions de l'OIT ratifiées par la Suisse. Nous évoquerons ici trois décisions, dont les deux premières concernent le droit des assurances sociales (réduction des prestations en espèces pour faute grave et congé paternité) et la troisième la question du droit d'accès des syndicats aux locaux d'une administration publique.

1. Nécessité d'une faute grave et intentionnelle pour réduire une rente de l'assurance-invalidité (cf. art. 21 al. 1 LPG)

Le 25 août 1993, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt important relatif aux conditions permettant à l'assureur social de réduire des prestations en espèces pour faute grave¹⁹⁵. Il résulte de l'état de faits qu'en date du 19 février 1992, la Caisse cantonale valaisanne de compensation a alloué à un assuré une demi-rente de couple, réduite de 74% (degré d'incapacité) à 35% en raison d'une faute grave. La Caisse fondait sa décision sur l'ancien article 7 alinéa 1 de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité¹⁹⁶ dont la teneur était la suivante : « Les prestations peuvent être refusées, réduites ou retirées, temporairement ou définitivement, à l'assuré qui a intentionnellement ou par faute grave, ou en commettant un crime ou un délit, causé ou aggravé son invalidité »¹⁹⁷. Selon la Caisse, les troubles de santé à l'origine de l'invalidité provenaient d'une faute grave de l'assuré consistant en l'éthylisme chronique puis d'une récidive de cet éthylisme.

L'assuré recourut au Tribunal des assurances du canton du Valais, puis au Tribunal fédéral et invoqua l'application de la Convention OIT n° 128 concernant les prestations d'invalidité, de vieillesse et de survivants que la Suisse avait ratifiée (et du Code européen de sécurité sociale)¹⁹⁸. Selon l'art. 32, § 1, lit. e de cet instrument, les prestations auxquelles une personne protégée aurait eu droit en application de la convention peuvent être suspendues, dans une mesure qui peut être prescrite lorsque l'éventualité a été provoquée par une faute grave et intentionnelle de l'intéressé. Cette disposition

¹⁹³ BEAUDONNET, p. 59 ss.

¹⁹⁴ BERSER BIRCHER/MEIER, p. 590.

¹⁹⁵ ATF 119 V 171.

¹⁹⁶ Loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959, RS 831.20.

¹⁹⁷ RO 1959 I 1511.

¹⁹⁸ Convention du 29 juin 1967, entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1969. Convention approuvée par l'Assemblée fédérale le 23 juin 1977 et entrée en vigueur pour la Suisse le 13 septembre 1978, RS 0.831.105.

conventionnelle contient une exigence qui n'existait pas à ce moment en droit interne suisse : la nécessité que la faute soit non seulement grave mais aussi intentionnelle pour que les prestations en espèces soient réduites.

La question essentielle était de déterminer si la disposition précitée pouvait être considérée comme directement applicable. Le Tribunal fédéral avait considéré dans un arrêt rendu huit ans auparavant que tel n'était pas le cas et que cette disposition ne faisait pas obstacle à la réduction d'une rente invalidité en raison de la faute grave non intentionnelle commise par un assuré¹⁹⁹.

Dans l'arrêt de 1993, le Tribunal fédéral a décidé de modifier sa jurisprudence. Ainsi, la norme précitée de la convention OIT n° 128 devait être considérée comme directement applicable. Elle l'emportait donc sur l'art. 7 al. 1 aLAI dans la mesure où cette norme du droit fédéral permettait, notamment, la réduction de prestations pour une faute grave commise par négligence²⁰⁰. Comme dans le cas d'espèce, aucun élément du dossier ne permettait de conclure à l'existence, chez le recourant, d'une volonté délibérée et consciente de s'adonner à l'alcool dans une mesure propre à provoquer un état maladif d'une telle gravité, il n'était guère possible de considérer qu'il devait se laisser imputer une faute intentionnelle. Par voie de conséquence, il n'y avait pas lieu de réduire la moitié de la rente de couple qui lui avait été allouée²⁰¹.

Notons que le Parlement suisse a codifié le critère de la faute intentionnelle à l'art. 21 al. 1 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000²⁰².

2. Refus d'un congé de paternité rémunéré (cf. art. 16b LAPG)

Dans un arrêt rendu en 2014, le Tribunal fédéral s'est penché sur la question de déterminer si les allocations pour perte de gain versées lors de la naissance d'un enfant, selon le régime de la loi sur les allocations pour perte de gain²⁰³, pouvaient concerner un congé paternité²⁰⁴.

Suite à la naissance de son deuxième enfant, un père de famille a déposé une demande d'allocations pour perte de gain, en accord avec son employeur. Il souhaitait que l'allocation de maternité au sens des art. 16b ss LAPG lui fût octroyée, afin de bénéficier d'un congé de paternité rémunéré de six semaines. Il faisait valoir que dès la neuvième

¹⁹⁹ ATF 111 V 201.

²⁰⁰ ATF 119 V 171, c. 4b.

²⁰¹ ATF 119 V 171, c. 5.

²⁰² RS 830.1.

²⁰³ Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité du 25 septembre 1952 (LAPG), RS 834.1.

²⁰⁴ ATF 140 I 305. Pour un commentaire de cet arrêt, cf. PERRENOUD, Le congé de maternité, p. 1652 ss.

semaine après l'accouchement, les allocations pour perte de gain étaient versées pour des raisons sociales et non plus biologiques. Dès lors, les pères devaient pouvoir bénéficier des six dernières semaines du congé de maternité payé. La Caisse de compensation du canton de Berne a refusé cette demande. Le Tribunal cantonal des assurances sociales a quant à lui rejeté le recours déposé par le père contre la décision de la Caisse.

Saisi d'un recours en matière de droit public, le Tribunal fédéral a considéré que selon le texte clair et la volonté explicite du législateur, les pères ne pouvaient déduire de l'art. 16b LAPG le droit à une indemnité pour perte de gain²⁰⁵. En effet, cette disposition ne comprend pas la notion de congé parental (« *parental leave* »), telle qu'elle existe dans d'autres pays, mais règle exclusivement le droit des mères à une indemnité après la naissance (« *maternity leave* »). Fondée sur une différence biologique, une telle réglementation n'est pas constitutive, même à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, d'une inégalité de traitement ou d'une discrimination envers les pères comme le prétendait le recourant²⁰⁶.

Comme argument supplémentaire, notre Haute Cour a pris la peine de se référer à une norme internationale du travail contenue dans la Convention de l'OIT n° 183 sur la protection de la maternité, que nous avons déjà citée. Selon l'art. 4, § 1 de cette convention, sur présentation d'un certificat médical ou de toute autre attestation appropriée, telle que déterminée par la législation et la pratique nationales, indiquant la date présumée de son accouchement, toute femme à laquelle la convention s'applique « a droit à un congé de maternité de quatorze semaines au moins ».

Ainsi, selon le Tribunal fédéral, une répartition du droit aux allocations sur les deux parents serait incompatible avec cette disposition puisque celle-ci garantit aux femmes le droit à un congé maternité minimal incompressible de 14 semaines²⁰⁷.

3. Principe du droit d'accès des syndicats aux locaux de l'administration (cf. art. 28 al. 1 Constitution fédérale)

Nous avons eu l'occasion de citer à plusieurs reprises et d'exposer la portée de l'important arrêt de 2017²⁰⁸. Il s'agit ici de rappeler le fond de l'affaire et de préciser quelles conventions de l'OIT ont été prises en compte par le Tribunal fédéral.

Par acte du 29 novembre 2011, le Conseil d'Etat tessinois a notifié aux associations du personnel du canton du Tessin un arrêté contenant les règles suivantes en matière d'accès des syndicats aux locaux de l'administration cantonale : l'accès aux locaux est en principe

²⁰⁵ ATF 140 I 305, c. 6 et 7.

²⁰⁶ ATF 140 I 305, c. 10.2.

²⁰⁷ ATF 140 I 305, c. 10.2.

²⁰⁸ ATF 144 I 50.

interdit pour toute activité syndicale (art. 1) ; la Chancellerie peut toutefois autoriser, sur demande préalable, des réunions à caractère syndical, qui se tiendront dans les salles de réunion de l'administration, avec les membres du personnel de l'Etat affiliés aux associations syndicales concernées, pour autant que les réunions portent sur des thèmes spécifiques relatifs aux relations de travail et qu'elles soient organisées en dehors des horaires usuels de travail (art. 2) ; la pose d'affiches et la distribution de dépliants ou journaux périodiques sont autorisées moyennant le dépôt des documents auprès des services d'information et des concierges des bâtiments de l'administration cantonale, qui se chargeront de les exposer dans des lieux prévus à cet effet (art. 3).

Le Syndicat suisse des services publics a contesté la validité de ce règlement en faisant notamment valoir que l'interdiction de principe pour les syndicats d'accéder aux locaux de l'administration cantonale lésait de manière inadmissible le principe de la liberté syndicale.

Après avoir analysé de manière détaillée le contenu et la portée de la liberté syndicale garantie par l'art. 28 de la Constitution fédérale (c. 4.1), rappelé les normes de droit international qui protègent également cette liberté (c. 4.2), et présenté les diverses opinions doctrinales sur la question (c. 4.3), le Tribunal fédéral est parvenu à la conclusion que le droit d'accès des syndicats aux locaux de l'administration publique, afin d'entrer en contact avec les membres du syndicat et d'en développer les relations, constituait une composante essentielle de la liberté syndicale (c. 5.4).

Le raisonnement de notre Haute Cour s'est en grande partie fondé sur les Conventions n° 87 et n° 98 de l'OIT, et plus particulièrement sur l'art. 3 de la Convention OIT n° 87 dont la teneur est la suivante : « Les organisations de travailleurs et d'employeurs ont le droit d'élaborer leurs statuts et règlements administratifs, d'élire librement leurs représentants, d'organiser leur gestion et leur activité, et de formuler leur programme d'action » (§ 1) ; « Les autorités publiques doivent s'abstenir de toute intervention de nature à limiter ce droit ou à en entraver l'exercice légal » (§ 2)²⁰⁹.

Comme toute liberté constitutionnelle, le droit d'accès n'est pas absolu. Selon l'art. 36 de la Constitution fédérale, des restrictions à ce droit ne sont toutefois admissibles que si elles sont fondées sur une base légale, justifiées par un intérêt public et proportionnées (c. 6.2.1). En l'espèce, le Tribunal fédéral a finalement conclu que si l'arrêté du gouvernement tessinois poursuivait bien un intérêt public pertinent (c. 6.4.1), il prévoyait toutefois une restriction excessive à la liberté syndicale. Violant par conséquent le principe de proportionnalité, il devait être annulé (c. 6.4.2-3).

²⁰⁹ Cf. c. 5.3.3.2.

Nous allons encore voir dans la section suivante que le Tribunal fédéral a également cité dans cet arrêt la pratique des organes de contrôle de l'OIT.

C. Références à des instruments non contraignants

Il est intéressant de relever que le Tribunal fédéral s'est parfois référé à des instruments non contraignants de l'OIT, qu'il s'agisse de la pratique des organes de contrôle de l'Organisation (Commission d'experts et Comité de la liberté syndicale) ou d'un rapport édité par le BIT.

1. Pratique des organes de contrôle

Nous avons vu que les organes de contrôle de l'OIT rendent de nombreux avis dans le cadre des procédures de contrôle régulières ou spécifiques. Selon le Tribunal fédéral, la pratique des organes de contrôle peut servir à l'interprétation autant des conventions de l'OIT que du droit suisse²¹⁰.

Notre Haute Cour a par exemple cité la pratique des organes de contrôle pour suggérer une méthode permettant de définir les modalités du droit d'accès des syndicats aux locaux de l'administration et pour préciser les conditions d'une grève licite.

a) Modalités du droit d'accès des syndicats aux locaux de l'administration (cf. art. 36 Constitution fédérale)

Dans son arrêt de 2017 sur le droit d'accès des syndicats aux locaux de l'administration publique, le Tribunal fédéral cite à plusieurs reprises la pratique de la Commission d'experts (c. 4.3, 5.3.3 et 5.3.3.1) et du Comité de la liberté syndicale (c. 4.3 et 6.4.3)²¹¹.

Nous prendrons l'exemple des modalités du droit d'accès. Selon le Tribunal fédéral, le fait que l'arrêt du Conseil d'Etat tessinois ne respectait pas le principe de la proportionnalité et qu'il consacrait une ingérence excessive dans la liberté syndicale ne signifie évidemment pas que le canton n'ait pas la compétence de réglementer les modalités d'accès des représentants syndicaux aux locaux administratifs, afin de concilier tous les intérêts en cause (c. 6.4.3).

Notre Haute Cour a pris la peine de suggérer une méthode directement inspirée de la pratique du Comité de la liberté syndicale²¹². Il est ainsi hautement souhaitable que les

²¹⁰ ATF 144 I 50, c. 5.3.3.1 ; TF 4A_64/2018 du 17 décembre 2018, c. 5.3.3.2.

²¹¹ Cf. ATF 144 I 50.

²¹² Comité de la liberté syndicale, N 1598 : « [...] ». En conséquence, les organisations de travailleurs concernées et l'employeur doivent chercher à conclure des accords de manière à ce que l'accès au lieu

syndicats et l'administration cherchent, dans un premier temps, à trouver un accord équilibré sur la base de négociations effectuées de bonne foi. Ce n'est que dans l'hypothèse où aucun accord ne peut être trouvé que l'Etat devrait, dans un second temps, réglementer de manière unilatérale les conditions du droit d'accès (c. 6.4.3).

b) Conditions d'une grève licite (cf. art. 28 al. 3 Constitution fédérale)

On sait qu'en droit suisse la licéité d'une grève est subordonnée à l'existence de quatre conditions cumulatives²¹³. La grève doit se rapporter aux conditions de travail, être conforme aux obligations de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation, respecter le principe de la proportionnalité et être appuyée par une organisation de travailleurs. Selon le critère de la proportionnalité, la grève ne doit pas être plus incisive qu'il n'est nécessaire pour atteindre le but visé ; les mesures collectives de combat ne sont licites qu'au titre d'*ultima ratio*.

Le Tribunal fédéral a récemment examiné ces principes à l'occasion du long conflit dit de l'Hôpital de la Providence à Neuchâtel²¹⁴. En date du 4 février 2013, l'hôpital avait licencié avec effet immédiat vingt-deux employés qui étaient en grève depuis plus de deux mois. Les juges de Mon-Repos ont rejeté le recours des anciens employés en considérant que la grève était devenue illicite et que les licenciements immédiats étaient justifiés.

Dans la mesure où la convention collective de travail applicable avait été finalement prolongée, le Tribunal fédéral a estimé que « la grève ne pouvait plus être considérée comme l'*ultima ratio*, puisque les parties disposaient à nouveau du temps nécessaire pour rechercher ensemble une solution » (c. 5.3.3.2). Pour étayer cet argument, notre Haute Cour s'est référée à un avis du Comité de la liberté syndicale²¹⁵, selon lequel, en règle générale, une décision de suspendre une grève pour une période raisonnable de façon à permettre aux parties de rechercher une solution négociée par la médiation ou la négociation ne constituait pas une violation de la liberté syndicale (c. 5.3.3.2).

A la lecture de cet arrêt, l'on constate que les instruments de l'OIT peuvent évidemment aussi être utilisés pour s'opposer à des prétentions des travailleurs, tout comme l'un d'eux a servi, dans une autre affaire que nous avons évoquée précédemment, à rejeter des prétentions visant l'octroi d'un congé de paternité !

de travail durant les heures de travail et en dehors de celles-ci soit reconnu aux organisations de travailleurs sans porter préjudice au fonctionnement de l'administration ou de l'institution publique concernée ».

²¹³ ATF 132 III 122, c. 4.4.

²¹⁴ TF 4A_64/2018 du 17 décembre 2018, c. 4 et 5.

²¹⁵ COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, N 794.

2. Etudes éditées par le BIT

Le Bureau international du travail publie régulièrement des études et rapports portant sur la mise en œuvre des instruments de l'OIT et, plus généralement, sur les divers aspects des relations de travail²¹⁶. Il a pu arriver que le Tribunal fédéral se réfère à de telles études. Nous prendrons comme exemple une contribution portant sur la surveillance des travailleurs qui est citée dans deux arrêts.

a) **Système GPS installé sur des véhicules d'entreprise** **(cf. art. 26 OLT 3)**

En date du 8 janvier 2002, une société employant une quinzaine de techniciens a installé sur les véhicules d'entreprise un système de localisation satellite GPS ; les collaborateurs avaient été préalablement informés de cette mesure. Suite à une plainte d'un employé s'estimant constamment surveillé, une procédure administrative a été ouverte. L'Office cantonal genevois de l'inspection et des relations de travail a estimé que la mesure était disproportionnée et donc illégale. Sur recours de l'employeur, le Tribunal fédéral a procédé à un examen détaillé de la proportionnalité de la mesure de surveillance et a renvoyé le dossier à la dernière instance cantonale pour qu'elle ordonnât des mesures d'instructions complémentaires²¹⁷.

A titre préjudiciel, le Tribunal fédéral a dû vérifier si la législation sur le travail (notamment l'art. 6 LTr), laquelle vise principalement à protéger la santé des travailleurs était effectivement applicable à un litige paraissant porter sur une question de protection de la personnalité des employés (qui relève des art. 328 ss CO).

Selon l'art. 6 al. 1 LTr, l'employeur est tenu de protéger la santé de ses employés. Dans le contexte de l'affaire, l'art. 26 de l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail²¹⁸ (ci-après : OLT 3) était pertinent. L'al. 1 de cette disposition prescrit qu'il est interdit d'utiliser des systèmes de surveillance ou de contrôle destinés à surveiller le comportement des travailleurs à leur poste de travail. L'al. 2 prévoit quant à lui que lorsque des systèmes de surveillance sont nécessaires pour d'autres raisons (que le comportement des travailleurs), ils doivent notamment être conçus et disposés de façon à ne pas porter atteinte à la santé et à la liberté de mouvement des travailleurs.

Le Tribunal fédéral a estimé que par son but, à savoir protéger la santé, la liberté de mouvement et la personnalité des travailleurs et les moyens qu'il met en œuvre, l'art. 26

²¹⁶ De nombreux documents peuvent être consultés sur le site de l'organisation www.ilo.org sous la rubrique « Publications » ou sous la rubrique « Normes du travail » > Normlex > Documents de base.

²¹⁷ ATF 130 II 425.

²¹⁸ Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail du 18 août 1993, RS 822.113.

OLT 3 s'insérait parfaitement dans le cadre de la législation sur le travail. En effet, même si, selon une étude du BIT²¹⁹, leurs effets exacts sur la santé ne sont pas définitivement connus, notre Haute Cour a relevé qu'il « est généralement admis que les systèmes de surveillance induisent le plus souvent chez les personnes observées des sentiments négatifs et détériorent le climat général de l'entreprise et que, par conséquent, ils nuisent au bien-être, à la santé psychique et, finalement, à la capacité de rendement des travailleurs » (c. 3.3).

Dans la mesure où l'étude du BIT ne parvenait pas à une conclusion certaine concernant l'impact sur la santé d'un système de surveillance, elle n'a pas eu d'impact direct sur la solution finalement retenue. Il est tout de même intéressant de signaler que le Tribunal fédéral a estimé utile de se référer à cette étude qui souligne que de tels systèmes de surveillance sont de nature à porter atteinte aux dimensions affective et sociale de la personnalité des employés et à susciter des sentiments d'impuissance et de peur particulièrement néfastes.

b) Système de logiciel espion installé sur l'ordinateur d'un fonctionnaire (cf. art. 26 OLT 3)

Plus récemment, le Tribunal fédéral s'est occupé d'une affaire dans laquelle une administration publique avait installé un logiciel espion destiné à surveiller les opérations informatiques de l'un de ses fonctionnaires²²⁰.

Partant des mêmes prémisses que dans le cas de l'installation du système GPS, et se référant à nouveau à l'étude susmentionnée du BIT (c. 5.5.3), le Tribunal fédéral a estimé que l'installation subreptice du logiciel était une mesure prohibée par l'art. 26 al. 1 OLT 3 ou pour le moins disproportionnée (c. 5.5.5).

V. Conclusion

Nous avons souligné dans notre contribution qu'à des degrés divers, les instruments de l'OIT ont régulièrement influencé la législation et la pratique jurisprudentielle de la Suisse. Le droit du travail de notre pays serait aujourd'hui très différent, si notre ordre juridique n'avait pas reçu de manière constante des principes et des règles du droit international du travail.

²¹⁹ BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, p. 22.

²²⁰ ATF 139 II 7.

Au vu de l'évolution récente de la jurisprudence et d'un intérêt renouvelé d'une partie de la doctrine pour le droit de l'OIT, l'on peut prévoir que la portée de celui-ci dans notre ordre juridique va s'accroître. Les instruments de l'OIT seront particulièrement utiles en matière de discrimination au travail, et en particulier de discrimination antisyndicale²²¹. Cette tendance sera renforcée semble-t-il de manière inéluctable par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, dans sa pratique dynamique et évolutive, permettant d'interpréter et de concrétiser la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour tient compte des diverses sources internationales, dont les conventions et la pratique de l'OIT²²².

Certes, comme toute organisation internationale universelle, l'OIT est loin de fonctionner de manière optimale et sans contradictions. Des auteurs ont notamment relevé les problèmes liés à la surcharge du système de contrôle des normes, à la détermination des compétences des organes de contrôle et au rôle incertain de la Cour internationale de justice²²³. L'Organisation est par ailleurs confrontée aux transformations rapides du monde du travail, liées notamment à la mondialisation, à la numérisation et à la robotisation de l'économie, qui sont susceptibles de remettre en cause ses objectifs et sa stratégie. Consciente de ces risques, elle vient de publier une étude, réalisée par une Commission mondiale sur l'avenir du travail, constituée à l'initiative du Directeur général du BIT, qui préconise d'accroître les investissements dans le potentiel humain, dans les institutions du travail et dans le travail décent et durable²²⁴.

La Suisse semble décidée à contribuer au rayonnement et au renouveau de l'Organisation. Elle s'est dotée en 2013, par l'intermédiaire de la Commission fédérale tripartite pour les affaires de l'OIT, d'une stratégie d'engagement à l'OIT qui a fait l'objet de discussions approfondies avec les représentants des partenaires sociaux²²⁵. Cette stratégie est fondée sur trois axes prioritaires : le renforcement de la gouvernance de l'OIT, l'application et la promotion de manière crédible des principes et normes de l'OIT en Suisse et la promotion du travail décent dans le monde²²⁶.

Dans le même sillon, Monsieur Schneider-Ammann, alors Conseiller fédéral, a signé à Berne, le 18 octobre 2018, avec les associations faitières des partenaires sociaux suisses, une déclaration tripartite sur le futur du travail et du partenariat social en Suisse à l'ère de

²²¹ Cf. DUNAND, *Discrimination*, p. 150 ss.

²²² Cf. DUNAND/MAHON et al., N 240-242. Voir aussi la contribution de Pascal Mahon dans le présent ouvrage, p. 105 ss.

²²³ BERTSET BIRCHER/MEIER, p. 590 ss.

²²⁴ Cf. l'étude de la COMMISSION MONDIALE.

²²⁵ BERTSET BIRCHER/MEIER, p. 583.

²²⁶ Cf. SECO, *Pour la justice sociale*. Le document peut être consulté sur le site du SECO, www.seco.admin.ch.

la numérisation de l'économie, en présence de Monsieur Guy Ryder, actuel Directeur général de l'OIT²²⁷. On trouve dans ce document confectionné dans le cadre des célébrations du centenaire de l'OIT quelques lignes directrices de la politique que notre pays s'engage à poursuivre ces prochaines années : les signataires reconnaissent que les normes ratifiées de l'OIT sont contraignantes pour la Suisse et qu'elles guident son engagement ; ils rappellent aussi l'attachement de notre pays aux principes et valeurs de base de l'OIT ; ils sont conscients par ailleurs de l'impact positif des normes de l'OIT sur le monde du travail en Suisse et dans le monde ; ils soutiennent enfin l'engagement stratégique de la Suisse pour renforcer les activités de l'OIT visant à promouvoir la dimension sociale de la globalisation ainsi que le dialogue social.

Si notre pays a beaucoup reçu de l'OIT, il a également beaucoup à lui apporter. La Suisse participe pleinement aux activités de l'Organisation. En 2017, elle a été élue en qualité de membre adjoint au Conseil d'administration de l'OIT. Aux côtés du gouvernement, représenté par Monsieur Boris Zürcher, chef de la Direction du travail au Secrétariat d'Etat à l'économie, le directeur général de la Fédération des entreprises romandes, Monsieur Blaise Matthey, et l'un des secrétaires centraux de l'Union syndicale suisse, Monsieur Luca Cirigliano, ont également été élus, respectivement comme membre adjoint et membre suppléant de l'organe exécutif. Toujours en 2017, Madame l'Ambassadrice Valérie Berset Bircher a été élue comme membre gouvernemental au sein du Comité de la liberté syndicale. Et c'est encore un Suisse, Monsieur l'Ambassadeur Jean-Jacques Elmiger, qui a été désigné par l'Organisation pour présider la prestigieuse Conférence internationale du travail du centenaire de l'OIT !

Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur. Nous distinguerons les contributions doctrinales, les documents édités par le BIT et les documents officiels des autorités fédérales.

Doctrine

AUBERT GABRIEL, L'internationalisation du droit suisse du travail, *in* : Geiser/Schmid/Walter-Busch (édit.), *Arbeit in der Schweiz des 20 Jahrhunderts : wirtschaftliche, rechtliche und soziale Perspektiven*, Berne 1998, pp. 455-467.

²²⁷ Cf. CONSEIL FÉDÉRAL, Déclaration tripartite. Le document peut également être consulté sur le site du SECO, www.seco.admin.ch.

- BARTOLOMEI DE LA CRUZ HECTOR/EUZÉBY ALAIN, *L'Organisation internationale du travail*, Paris 1997.
- BEAUDONNET XAVIER, *L'utilisation des sources universelles du droit international du travail par les juridictions internes*, in : *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* 2005, pp. 37-77.
- BERENSTEIN ALEXANDRE, *L'influence des conventions internationales du travail sur la législation suisse*, [Extrait de la *Revue internationale du travail*, vol. LXXVII, N 6, juin 1958], Genève 1958.
- BERENSTEIN ALEXANDRE/MAHON PASCAL/DUNAND JEAN-PHILIPPE, *Labour Law in Switzerland, The Netherlands* 2018.
- BERSET BIRCHER VALÉRIE/MEIER ANNE, *L'impact du droit international en droit suisse du travail*, in : Rémy Wyler (édit.), *Panorama III en droit du travail*, Berne 2017, pp. 579-637.
- BREINING-KAUFMANN CHRISTINE, *Die Schweiz und die Internationale Arbeitsorganisation (ILO)*, in : Richard Senti/Andreas R. Ziegler (édit.), *Die Schweiz und die internationalen Wirtschaftsorganisationen*, Zurich/Genève/Bâle 2005, pp. 137-152.
- CHATTON GREGOR, *Aspects de la justiciabilité des droits sociaux de l'Homme*, Berne 2012.
- DUNAND JEAN-PHILIPPE/DREYER KIM, *Protection des travailleurs*, in : Maya Hertig Randall/Michel Hotelier (édit.), *Introduction aux droits de l'homme*, Genève/Zurich/Bâle 2014, pp. 202-223.
- DUNAND JEAN-PHILIPPE, *La discrimination antisyndicale au sens de l'art. 1 de la Convention OIT n° 98 et sa portée en droit privé suisse du travail*, in : Dagron/Dupont/Lempen (éds), *L'OIT et le droit social en Suisse : 100 ans et après ?*, Genève 2019, pp. 137-190 (cité : DUNAND, *Discrimination*).
- DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL/BOUVERAT CATHERINE/BRÜGGER NICOLAS/HASSISSENE INÈS/MADER MÉLANIE, *Etude sur la protection accordée aux représentants des travailleurs, établie à la demande et sur mandat du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) et de l'Office fédéral de la justice (OFJ)*, Berne, 14 août 2015, disponible sur les sites internet de l'OFJ et du SECO (cité : DUNAND/MAHON et al.).
- DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL/MATTHEY FANNY/RUSSO ALFIO, *Etude sur la protection en cas de grève licite, établie à la demande et sur mandat du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) et de l'Office fédéral de la justice (OFJ)*, Berne, 11 avril 2016, disponible sur les sites de l'OFJ et du SECO.
- FLÜCKIGER ALEXANDRE, *L'obligation d'être tuteur : un principe de subsidiarité à l'épreuve de l'article 4 CEDH*, in : ZKE/RMA 2011, pp. 263-287.
- GUIGNARD MARIE-THÉRÈSE, *La rémunération du temps consacré à l'allaitement (art. 60 al. 2 OLT 1)*, in : Rémy Wyler (édit.), *Panorama III en droit du travail*, Berne 2017, pp. 1-53.
- KAUFMANN CHRISTINE/GOOD CHRISTOPH, *Die Anwendbarkeit von ILO-Recht vor Schweizer Gerichten : Potential und Grenzen*, in : AJP/PJA 2016, pp. 647-664.
- KNEUBÜHLER HELEN URSULA, *Die Schweiz als Mitglied der Internationalen Arbeitsorganisation*, Berne 1982.
- KOTT SANDRINE, *Quelles normes pour quelle justice sociale ? 100 ans d'histoire moderne*, in : Dagron/Dupont/Lempen (éds), *L'OIT et le droit social en Suisse : 100 ans et après ?*, Genève 2019, pp. 7-35.

- LA HOVARY CLAIRE, Les droits fondamentaux au travail – Origines, statut et impact en droit international, Paris 2009.
- LEMPEN KARINE, Les Conventions de l'OIT sur la maternité (n° 183) et sur le travail domestique (n° 189), *in* : Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (édit.), Regards croisés sur le droit du travail : *Liber Amicorum* pour Gabriel Aubert, Genève/Zurich/Bâle 2015, pp. 201-212.
- MAHON PASCAL, La protection contre les licenciements antisyndicaux abusifs selon l'OIT et la CEDH – Vers un changement de paradigme en droit suisse ?, *in* : AJP/PJA 3/2019, pp. 371-383.
- PÄRLI KURT, BAUMGARTNER TOBIAS/DEMIR EYLEM/JUNGHANSS CORNELIA/LICCI SARA/UEBE WESSELINA, Arbeitsrecht im internationalen Kontext – Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zurich/Saint Gall 2017 (cité : PÄRLI et al.).
- PERRENOUD STÉPHANIE, Le congé de maternité : une discrimination à l'égard des pères ?, *in* : AJP/PJA 2014, pp. 1652-1671 (cité : PERRENOUD, Le congé de maternité).
- PERRENOUD STÉPHANIE, La protection de la maternité – Etude de droit suisse, international et européen, Berne 2015 (cité : PERRENOUD, La protection).
- ROSSEL VIRGILE/MENTHA FRITZ-HENRI, Manuel du droit civil suisse, tome premier, Lausanne 1922.
- SERVAIS JEAN-MICHEL, Droit international du travail, Bruxelles 2015.
- VALTICOS NICOLAS, L'attitude de la Suisse à l'égard des conventions internationales du travail, *in* : ZSR/RDS 100 (1981), pp. 121-144 (cité : VALTICOS, L'attitude de la Suisse).
- VALTICOS NICOLAS, Droit international du travail, Paris 1983 (cité : VALTICOS, Droit international).
- WITZIG AURÉLIEN, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018.
- WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, Berne 2014.

Documents édités par l'OIT

- BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, Conditions of Work Digest, Vol. 12/1, Workers' privacy, Part. II, Monitoring and surveillance in the workplace, Genève 1993 (cité : BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL).
- BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, La liberté syndicale, Compilation des décisions du Comité de la liberté syndicale, sixième édition, Genève 2018 (cité : COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE).
- COMMISSION D'EXPERTS POUR L'APPLICATION DES CONVENTIONS ET RECOMMANDATIONS, Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales concernant les droits au travail à la lumière de la Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, BIT, Genève 2012 (cité : COMMISSION D'EXPERTS).
- COMMISSION MONDIALE POUR L'AVENIR DU TRAVAIL, Travailler pour bâtir un avenir meilleur, Genève 2019 (cité : COMMISSION MONDIALE).

Documents officiels des autorités fédérales

- CONSEIL FÉDÉRAL, Message à l'Assemblée fédérale du 10 décembre 1920 concernant les décisions de la première Conférence internationale du travail, réunie à Washington, du 29 octobre au 29 novembre 1919, FF 1920 V 443 (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, message du 10 décembre 1920).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport à l'Assemblée fédérale du 31 mars 1931 sur la 14^e session de la conférence internationale du travail, FF 1931 I 461 ss (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 31 mars 1931).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport à l'Assemblée fédérale du 28 avril 1939 sur la 24^e session de la conférence internationale du travail et sur la ratification, par la Suisse, de diverses conventions internationales du travail, FF 1939 I 761 ss (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 28 avril 1939).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport à l'Assemblée fédérale du 16 avril 1969 sur la 52^e session de la Conférence internationale du travail, FF 1969 I 721 (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 16 avril 1969).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport à l'Assemblée fédérale du 8 mai 1974 sur les 57^e et 58^e sessions de la Conférence internationale du Travail, FF 1974 I 1577 (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 8 mai 1974).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 21 septembre 1998 relatif à la convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective et la convention (n° 138) sur l'âge minimum d'admission à l'emploi, FF 1999 475 (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 21 septembre 1998).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 15 juin 2001 concernant la convention révisée sur la protection de la maternité et sur le retrait de cinq conventions (88^e session de la Conférence internationale du Travail), FF 2001 5601 ss (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 15 juin 2001).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Déclaration tripartite sur le futur du travail et du partenariat social en Suisse à l'ère de la numérisation de l'économie, Berne 2018 (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, Déclaration tripartite).
- SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE, Pour la justice sociale : l'engagement suisse à l'Organisation internationale du travail, janvier 2013 (cité : SECO, Pour la justice sociale).
- SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE, Rapport explicatif sur la modification de l'art. 60, al. 2, de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail (OLT 1), novembre 2013 (cité : SECO, Rapport explicatif de novembre 2013).